

Zuständigkeitsregelungen und Vorbehalt des Gesetzes

**Ein Beitrag zur Standortbestimmung der Organisations-
gewalt im System der Gewalten**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

1972

vorgelegt von
Eggert Schwan
Assessor in Berlin

1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Zuständigkeitsregelungen und Vorbehalt des Gesetzes

**Ein Beitrag zur Standortbestimmung der Organisations-
gewalt im System der Gewalten**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Eggert Schwan
Assessor in Berlin

1971



Erstgutachter : Professor Dr. iur. Roman Herzog
Zweitgutachter : Professor Dr. iur. Reinhard Mußnug
Tag der mündlichen Prüfung : 27. Januar 1972

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Einleitung	3
I. Zugriffsrecht des Gesetzgebers	5
II. Eingriffsvorbehalt des Gesetzes, Anwendungsbereich und Standort	8
1. Standort: Verfassungsgewohnheitsrecht	8
2. Gesetzesvorbehalte der Grundrechte und Eingriffsvorbehalt	9
a) Unterschiedlichkeit im Tatbestand- Problem der immanenten Grundrechts- schränken, die es beim Eingriffs- vorbehalt nicht gibt	11
b) Unterschiedlichkeit in der Rechtsfolge, Qualifizierung der Gesetzesvorbehalte, nicht alle Gesetzesvorbehalte sind sol- che des formellen Gesetzes	14
III. Eingriffsvorbehalt und Zuständigkeits- regelungen	17
IV. Versuche der Umdeutung des Eingriffsvor- behaltes - Auseinandersetzung mit der Auf- fassung Rupps -	23
1. Methodisches Gegenargument	27
2. Verkennung des Zweckes des Eingriffs- vorbehaltes	31
3. Verkennung der Funktionsweise des Ein- griffsvorbehaltes	32
V. Funktioneller Vorbehalt des Gesetzes und Zuständigkeitsregelungen	36
VI. Institutionelle Vorbehalte des Gesetzes und Zuständigkeitsregelungen	42
1. Fakultative institutionelle Vorbehalte des Gesetzes	42

	<u>Seite</u>
a) auf Landesebene	42
aa) es handelt sich um Vorbehalte des Außengesetzes	43
bb) sie erfassen auch die konkret-indi- viduelle Zuständigkeitsregelung	44
b) auf Bundesebene	46
2. Notwendige institutionelle Vorbehalte des Gesetzes	50
a) Ableitung aus der Demokratieentscheidung	50
aa) es besteht keine demokratische Prä- ponderanz der Legislative	52
bb) allenfalls Ermächtigungsvorbehalt, nicht Vorbehalt des Gesetzes	54
cc) keinesfalls ein Vorbehalt des Außengesetzes	54
b) Ableitung aus dem Gewaltentrennungs- prinzip	57
c) Ableitung aus Art. 19 Abs. 4 GG	64
VII. Zuständigkeitsregelungen und allgemeiner Außenrechtssatzvorbehalt des Gesetzes	66
1. Allgemeiner Außenrechtssatzvorbehalt	69
a) Inhalt des Außenrechtssatzvorbehaltes - Abgrenzung zum Eingriffsvorbehalt und zum sog. Totalvorbehalt	69
b) Geltungsgrund des Außenrechtssatz- vorbehaltes	74
aa) Art. 80 GG als Standort des Rechtssatzvorbehaltes	74
aaa) Art.80 Abs.2 GG nennt Materien, die nicht einem Vorbehalt des Gesetzes unterfallen	76
bbb) Art.80 GG verwendet den Begriff der Rechtsverordnung im tradi- tionellen Sinn	76
A. Impermeabilitätslehre	77
B. Impermeabilitätslehre und Organisationsverordnungen	79
C. Anschütz	82
bb) Verfassungsgewohnheitsrecht als Standort des Rechtssatzvorbehaltes	83

	<u>Seite</u>
cc) Verwaltungsvorschriften und Rechts- satzvorbehalt - Auseinandersetzung mit der Auffassung Ossenbühls	86
aaa) Argumentation aus Art. 17 GG	90
bbb) Argumentation aus §§ 78 Abs. 1, 113 Abs. 4 VwGO	91
ccc) Argumentation aus der Recht- sprechung	92
2. Faktische und rechtssatzmäßige Außenwirkung	98
VIII. Zugriffspflicht des Gesetzgebers	105
1. Rechtsstaatsprinzip und Zuständigkeits- regelungen	106
2. Gefährdung der Freiheit auch durch den Mißbrauch der Organisationsgewalt möglich	107
3. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt Verrecht- lichung auch im Außenverhältnis	110
4. Sanktion gegen die Verletzung des Ver- rechtlichungsgebotes	113
5. Die Möglichkeit der richterlichen Über- prüfung macht die materielle Verrechtli- chung nicht entbehrlich	114
6. Die Notwendigkeit organisatorischer Elastizität der Exekutive steht nicht entgegen	116
7. Abstufungen des Verrechtlichungsgebotes	118
a) Horizontale Einschränkung des Verrechtlichungsgebotes	119
b) Vertikale Einschränkungen des Ver- rechtlichungsgebotes - Geschäfts- verteilungspläne -	120
IX. Selbstbindung der Verwaltung	125
1. Formelle Komponente des allgemeinen Gleichheitssatzes	125
2. Materielle Komponente des allgemeinen Gleichheitssatzes	125
3. Materielle Komponente des Gleichheits- satzes und Exekutive	127
4. Selbstbindung der Verwaltung und Ver- waltungssus	128

	<u>Seite</u>
5. Selbstbindung der Verwaltung und Zuständigkeitsregelung	131
6. Lückenhaftigkeit der durch die Selbstbindung der Verwaltung bewirkten Verrechtlichung	131
a) Notwendigkeit des Vorhandenseins einer Verwaltungsübung	131
b) geringere Bindungsintensität - Ausnahmefall	132
c) Disponibilität des Differenzierungsschemas	132
d) mangelnde Transparenz der durch die Selbstbindung bewirkten Verrechtlichung	133
Thesen	136
Literaturverzeichnis	139

Zuständigkeitsregelungen und Vorbehalt des Gesetzes

Ein Beitrag zur Standortbestimmung der Organisationsgewalt im System der Gewalten

Die Entscheidung des Hessischen StGH vom 3.12.1969¹⁾ sowie die Abhandlungen von Groß²⁾ und Rupp³⁾ zum gleichen Thema haben wieder einmal gezeigt, daß der "gordische Knoten"⁴⁾, zu dem sich die Diskussion um die sogenannte Organisationsgewalt verwickelt hat, noch längst nicht als durchgeschnitten anzusehen ist. Die vorliegende Abhandlung will einen neuerlichen Versuch zur Auflösung des Knotens wagen. Sie beschränkt sich jedoch auf die Erörterung jenes Teiles der Organisationsgewalt, der auch Gegenstand des Urteils des Hessischen StGH ist, nämlich auf die Regelung der Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden. Es wird sich dabei zeigen, daß sich die Probleme, die die Organisationsgewalt in ihrer Gesamtheit umgeben, viel eher und leichter lösen oder doch zumindest durchsichtig und transparent machen lassen, wenn man sich auf diesen Teilbereich der Organisationsgewalt beschränkt, der zudem unter allen Bereichen auch der bedeutendste sein dürfte.⁵⁾

- 1) abgedruckt in DÖV 70, 132 ff.
- 2) NJW 1969, 2186 f, "Die Rechtsqualität der Sonderverordnungen für besondere Gewaltverhältnisse und der Organisationsbestimmungen"
- 3) NJW 1970, 412 f, "Ministerial-Erlasse - Ausdruck originärer Rechtsetzung der Exekutive?"
- 4) diesen Ausdruck gebraucht Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 94, FN 212
- 5) Versuche der Systematisierung und Untergliederung der verschiedenen Arten der Organisationsakte finden sich insbesondere bei H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 47 f; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 95 ff; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 257 f; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 19 f.

Nachdem die Diskussion um die Organisationsgewalt zumindest insoweit eine Klärung herbeigeführt hat, als die Organisationsgewalt nicht (mehr) als eine selbständige Gewalt im Sinne der Staatsfunktionenlehre, d.h. als eine neben Legislative, Exekutive und Judikative tretende weitere Staatsgewalt angesehen wird, sondern als gegenständliche Umschreibung bestimmter Hoheitsfunktionen⁶⁾, verengt sich die Frage der Organisationsgewalt dahin, daß nur noch zweifelhaft ist, welcher dieser drei Staatsgewalten die Organisationsgewalt zustehen soll.

6) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78 I a, S. 122; Rasch, Die staatliche Verwaltungsorganisation, S. 189; Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereiche der Regierung, S. 57; Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 7; F. Mayer, S. 57: "Keine eigenständige vierte Teilgewalt", S. 59: "beschreibender Sachbegriff für einen bestimmten staatlichen Funktionsbereich"; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 3 ff, nennt diesen Begriff der Organisationsgewalt "deskriptiv" und stellt ihn dem von ihm "klassisch" genannten Begriff der Organisationsgewalt gegenüber, nach dem hierunter ein Inbegriff von Kompetenzen der Exekutive zu verstehen ist, S. 8 ff, 10.

I. Zugriffsrecht des Gesetzgebers

Auch diese Frage hat bereits insoweit eine Teilantwort erhalten, als allgemein anerkannt ist, daß der Legislative ein sog. Zugriffsrecht¹⁾ auf die Organisation der Exekutive zusteht. Zwar ist immer noch zweifelhaft, ob und welchen Begrenzungen dieses legislative Zugriffsrecht unterliegt; allenthalben wird der Exekutive ein gewisser "gesetzesfreier Kernbereich" zugebilligt²⁾. Daß der Gesetzgeber auf die Regelung der Zuständigkeiten zugreifen darf, scheint jedoch - soweit ersichtlich - unbestritten zu sein. Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man dieses Zugriffsrecht dort, wo es sich nicht ausdrücklich aus der Verfassung ergibt³⁾, als auf einem entsprechenden verfassungsgewohnheitsrechtlichen Rechtssatz beruhend ansieht. Böckenförde⁴⁾ weist jedenfalls zutreffend darauf hin, daß das "Zugriffsrecht der Legislative auf den Kompetenzbereich der Exekutive seit der Geltung der konstitutionellen Verfassungen ein traditioneller Bestandteil des rechtlichen Verhältnisses von gesetzgebender und vollziehender Gewalt" ist⁵⁾.

1) der Ausdruck stammt von Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 103 ff; ders., AÖR 95, 24 f; vgl. auch Hans Klein, Festgabe für Forsthoff, S. 170; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 261 f mit w.N.; Vogel, VVDStRL 24, 181, Leitsätze 6 u. 7; Friesenhahn, VVDStRL 16, 70, Leits. II 4; dazu Köttgen, VVDStRL 16, 171

2) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 84, 88, 105 ff, 286 ff, 299 f; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 200, 229, 241, 262, 267, FN 80, 475, 478; Köttgen, VVDStRL 16, 166 ff, 171; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78 II b 5; F. Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 59 f; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 93 ff; a.A. aber Achterberg, Funktionenlehre, S. 206 f

3) wie z.B. aus Art. 84 I, 85 I, 86 I GG; vgl. dazu Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 286, 299; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 57 ff

4) Organisationsgewalt, S. 103 f; vgl. auch Lutz Richter, aaO., S. 14 f

5) Böckenförde selbst entnimmt das Zugriffsrecht jedoch nicht einem solchen Gewohnheitsrechtssatz im Verfassungs-

Wo die Legislative von diesem Zugriffsrecht Gebrauch gemacht hat, gilt dann kraft des Vorranges des Gesetzes die gesetzliche Regelung. Fraglich bleibt nur, ob die Legislative nicht zugreifen muß, ob nicht über das Zugriffsrecht hinaus für das wirksame Regeln der Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden eine gesetzgeberische Regelung notwendig ist. Das ist die Frage nach der Geltung des Vorbehaltes des Gesetzes für die Zuständigkeitsregelungen. Das BVerfG⁶⁾ hat bekanntlich die Geltung eines bundesverfassungsrechtlichen Vorbehaltes des Gesetzes für die Regelung der Zuständigkeiten im Bereich der Leistungsverwaltung verneint. Der Hessische StGH meint nun in der eingangs zitierten Entscheidung, daß der von ihm sog. "Allgemeinvorbehalt des Gesetzes" die Zuständigkeitsregelungen im Bereich der Eingriffsverwaltung erfasse und an das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Regelung oder einer Regelung in Rechtsverordnungs- bzw. Satzungsform binde. Beide Urteile vermögen nicht zu überzeugen. Die Frage nach der Geltung eines Vorbehaltes des Gesetzes für die Zuständigkeitsregelungen soll deshalb im nachfolgenden nochmals untersucht werden. Dabei wird es sich als notwendig erweisen, die verschiedenen Vorbehalte des Gesetzes, die das Grundgesetz und die Verfassungen der Länder kennen, etwas sorgfältiger zu unterscheiden als das im Urteil des BVerfG und im Urteil des Hess. StGH geschehen ist.

rang, sondern der Stellung der "Volksvertretung als dem hauptsächlichsten Repräsentationsorgan des Volkes" (Organisationsgewalt, S. 105). Dem kann nicht zugestimmt werden. Das Argument (angeblicher) demokratischer Präponderanz der Legislative ist, wie noch zu zeigen sein wird (vgl. die Ausführungen unten VI 2a), weder für die Ableitung eines neuen Vorbehaltes des Gesetzes tragfähig, noch ist es das für die Ableitung des Zugriffsrechts der Legislative. Wie Böckenförde aber auch Achterberg, Funktionenlehre, S. 206

6) BVerfG E 8, 155 ff

Zunächst soll der sog. Eingriffsvorbehalt des Gesetzes untersucht werden (II-V). Dabei bedarf es vorweg der Standortbestimmung und Abgrenzung des Eingriffsvorbehaltes von den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte (II), damit das anschließend zu erörternde Verhältnis zwischen Zuständigkeitsregelungen und Eingriffsvorbehalt (III) nicht mit dem Ballast der Grundrechtsproblematik belastet wird.

Weiter bedarf es des Eingehens auf die in der Literatur gemachten Versuche der Umdeutung und Ausweitung des Eingriffsvorbehaltes (IV). Schließlich sollen die Fälle erörtert werden, in denen die Zuständigkeitsregelungen ausnahmsweise einmal unter den Eingriffsvorbehalt des Gesetzes fallen - funktioneller Vorbehalt des Gesetzes (V).

Anschließend sollen die speziell auf die Verwaltungsorganisation bezogenen sog. institutionellen Vorbehalte des Gesetzes erörtert werden (VI). Dabei soll im Anschluß an Böckenförde zwischen fakultativen und notwendigen institutionellen Vorbehalten des Gesetzes unterschieden werden. Notwendige institutionelle Vorbehalte des Gesetzes sind nach Böckenförde⁷⁾ solche, die sich aus der Verfassungsstruktur ergeben, während es sich bei den fakultativen institutionellen Vorbehalten um solche handelt, die sich nicht aus der Struktur der Verfassung ergeben, sondern kraft ausdrücklicher Aufnahme in den Text der Verfassung gelten. Bei den letzteren ist zwischen Vorbehalten auf Bundesebene und solchen auf Landesebene zu unterscheiden. Bei den ersteren, notwendigen institutionellen Vorbehalten ist auf die bekannten Versuche der Ableitung eines Vorbehaltes des Gesetzes aus der Demokratieentscheidung (Menger, Spanner, Jesch, Mallmann), aus dem Gewaltenteilungsprinzip (Giacometti, Franz Mayer) und aus Art 19 Abs. 4 GG (Achterberg) einzugehen.

7) Organisationsgewalt, S. 95 f

Weiter ist auf das Verhältnis zwischen Zuständigkeitsregelungen und dem sich insbesondere aus Art. 80 GG ergebenden Vorbehalt des Gesetzes für alle Außenrechtssätze einzugehen (VII). Dabei bedarf es auch des Eingehens auf die Rechtsnatur der Verwaltungsvorschriften.

Schließlich bleibt das aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende Gebot nach Verrechtlichung auch der Zuständigkeiten zu erörtern (VIII), wobei sich zeigen wird, daß die durch die sog. Selbstbindung der Verwaltung (IX) bewirkte Verrechtlichung keineswegs ausreichend ist.

II. Eingriffsvorbehalt des Gesetzes, Anwendungsbereich und Standort

Anders als der Hess. StGH meint, wird die Regelung der Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden nicht vom sog. rechtsstaatlichen, klassischen oder besser: Eingriffsvorbehalt des Gesetzes erfaßt.¹⁾

1. Standort: Verfassungsgewohnheitsrecht

Dieser Vorbehalt des Gesetzes, der allein auf den Schutz des sog. status negativus oder libertatis im Sinne der Statuslehre Georg Jellineks²⁾ gerichtet ist, ist sowohl Bestand-

- 1) Der vom Hess. StGH, DÖV 70, 134, gebrauchte Ausdruck "Allgemeinvorbehalt des Gesetzes" wird hier bewußt vermieden, weil er häufig auch für den anderen rechtsstaatlichen und auch klassischen Vorbehalt des Gesetzes, der von dem Eingriffsvorbehalt jedoch scharf zu unterscheiden ist, verwendet wird, nämlich für den unten noch zu erörternden "allgemeinen" Außen-Rechtssatzvorbehalt des Gesetzes (vgl. die Ausführungen bei VII 1)
- 2) Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl., 7.Neudruck, S.419; ders., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.Aufl., S. 94 ff, 102 f, 105 f, 113

teil des Bundesverfassungsrechts als auch des Verfassungsrechts der Länder. Im Bundesverfassungsrecht ergibt er sich freilich nicht aus einem geschriebenen Rechtssatz, sondern beruht auf Verfassungsgewohnheitsrecht³⁾. Art. 20 III GG, der immer wieder als Standort des Eingriffsvorbehaltes bezeichnet wird, enthält nur die andere Komponente des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, nämlich den Vorrang des Gesetzes⁴⁾.

2. Gesetzesvorbehalte der Grundrechte und Eingriffsvorbehalt

Auch die den Grundrechten hinzugefügten Gesetzesvorbehalte sind nicht mit dem Eingriffs-Vorbehalt des Gesetzes zu verwechseln. Entgegen Jesch⁵⁾ ergibt sich der Eingriffsvorbehalt nicht aus den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte.

Zwar besteht zwischen Grundrechten und Eingriffsvorbehalt

-
- 3) Das galt auch schon von der Reichsverfassung von 1871. Vogel, VVDStRL 24, 149, führt dazu aus: "Das Erfordernis eines Gesetzes für Eingriffe in 'Freiheit und Eigentum' taucht zum ersten Mal in einer Reihe von Verfassungsurkunden nach dem Wiener Kongreß auf, entwickelt sich im Laufe der Zeit zum anerkannten Mindestinhalt aller 'landständischen' Verfassungen und wird gegen Ende des Jahrhunderts bereits als selbstverständlicher Bestandteil auch derjenigen deutschen Verfassungen angesehen, die, wie die Reichsverf., einen ausdrücklichen Vorbehalt nicht enthielten".
- 4) wie hier Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, RdNr.128; Achterberg, Funktionenlehre, S. 63 Fn 264; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.5, 190; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 74
- 5) Gesetz und Verwaltung, S.127, 135. Auf S.32 heißt es bei Jesch, a.a.O., allerdings: "Die Grundrechte und ihre Gesetzesvorbehalte sind daher gleichzeitig 'Spezialvorbehalte' unter dem Oberbegriff des Vorbehaltes des Gesetzes", und noch in AÖR 82, 245, Fn. 298, hatte Jesch den Eingriffsvorbehalt "unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip" abgeleitet. Ähnlich formuliert auch Maunz in: Maunz-Dürig-Herzog, Art.20, RdNr.128, wo der Vorbehalt des Gesetzes als "Teil des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips" bezeichnet

des Gesetzes sicherlich ein sehr enger "ideengeschichtlicher Zusammenhang"⁶⁾. Beide, Grundrechte und Eingriffsvorbehalt des Gesetzes, beziehen sich auch auf denselben "status negativus" und stellen diesen unter Schutz⁷⁾. Versteht man Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Elfes-Urteil des BVerfG⁸⁾ als "Auffanggrundrecht", dann ist sogar der von Eingriffsvorbehalt und Grundrechten erfaßte Bereich des status negativus nahezu⁹⁾ kongruent. Dennoch sind Gesetzesvorbehalte und Eingriffs-Vorbehalt des Gesetzes weder dasselbe, noch ist der Eingriffsvorbehalt neben den Grundrechten entbehrlich, wie Vogel¹⁰⁾ - freilich unter dem lebhaften Widerspruch seiner Fachkollegen¹¹⁾ - auf der Staatsrechtsleh-

net wird. Dieses Prinzip werde durch das "Erfordernis der Gesetzesvorbehalte zur Beschränkung der Grundrechte induktiv belegt".

6) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 125, 135

7) So auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 126 f

8) BVerfG E 6, 32 ff

9) nicht völlig, wie im Text nachgewiesen werden wird

10) VVDStRL 24, 151, 156; genau umgekehrt ist die Frage von Thoma, Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 218, gestellt worden, nämlich dahin, ob der Vorbehalt des Gesetzes nicht die Grundrechte "außer Funktion" setze

11) Vogel ist vor allem von Badura, VVDStRL 24, 213, und Bachof, ebenda, S. 225 ff (vgl. auch den Bericht von Dagtoglou, AÖR 90, 481 ff, 493 f) entgegengehalten worden, daß die im Vorbehalt des Gesetzes auch enthaltene demokratische Komponente mit der Aufgabe des Vorbehaltes des Gesetzes verloren ginge. Dieser Einwand überzeugt jedoch nicht, denn eine demokratische Komponente ist in den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte ebenso enthalten wie im Vorbehalt des Gesetzes. Darauf weist Vogel, VVDStRL 24, 250, zutreffend hin. Das gilt auch bei jenen Grundrechten, deren Gesetzesvorbehalte nicht als Vorbehalte des formellen Gesetzes verstanden werden, so daß auch Gewohnheitsrecht imstande ist, die Grundrechtsverbürgungen einzuschränken; denn nicht zu Unrecht wird das Gewohnheitsrecht auch als das "demokratischste Recht" bezeichnet, weil es seine demokratische Legitimation nicht nur mittelbar über die Repräsentante des Volkes, über das Parlament, sondern vom Volke unmittelbar bezieht.

rertagung 1965 gemeint hat. Der Schutz des status negativus durch die Grundrechte und durch den Eingriffsvorbehalt des Gesetzes ist vielmehr ein paralleler und, was allenthalben übersehen wird¹²⁾, darüber hinaus auch ein sowohl in Quantität wie Qualität, d.h. sowohl im Tatbestand wie in der Rechtsfolge, verschiedener. Schon die Prämisse Vogens, daß nämlich Vorbehalt des Gesetzes und Gesetzesvorbehalte funktionsgleich seien, trifft somit nicht zu.

a. Unterschiedlichkeit im Tatbestand

In quantitativer Beziehung unterscheidet sich der Schutz durch die Grundrechte von dem durch den Eingriffsvorbehalt dadurch, daß die Grundrechte nicht, wie es der Eingriffsvorbehalt tut, sämtliche Freiheitspositionen des status negativus erfassen und abdecken.¹³⁾ Der Schutz durch die Grundrechte ist nämlich gar nicht, wie immer wieder behauptet wird, ein lückenloser, und zwar nicht nur dann nicht, wenn man bei der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG der Persönlichkeitskerntheorie¹⁴⁾ folgt, sondern auch dann nicht, wenn man bereit ist, der Auslegung durch das Elfes-Urteil des BVerfG zu folgen.

Der Schutzbereich der Grundrechte ist im Verhältnis zu dem des Eingriffsvorbehaltes enger, weil bei den Grundrechten anders als beim Eingriffsvorbehalt jene Freiheits-

12) Auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 135, übersieht das; ebenso Ekkehart Stein, Lehrbuch des Staatsrechtes, § 14 IV, S. 95

13) So aber ausdrücklich Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 135 ff; ebenso Ekkehart Stein, a.a.O.

14) Peters, Festschrift für Laun, S. 669 ff; ders., Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, 1963, S. 47 ff; Ehmke, VVDStRL 20, 82 ff; Hesse, Grundfragen, § 12 I 1o; vgl. auch Lerche, Übermaß, S. 297; Evers, AÖR 90, 88 ff; Walter Schmidt, Freiheit vor dem Gesetz, AÖR 91, 65 ff

und/oder Eigentumspositionen von vornherein aus der Schutzwirkung ausgeklammert bleiben, die außerhalb der sog. immanenten Grenzen des Grundrechtes liegen.¹⁵⁾ Auf Einzelheiten und Unterschiede der verschiedenen Immanenzlehren kommt es dabei nicht an. Der Streit über den Verlauf dieser immanenten Grenzen¹⁶⁾, der noch lange nicht ausgefochten ist und eines der großen noch offenen Probleme der Grundrechtsdogmatik darstellt, kann hier dahingestellt bleiben; denn gemeinsam ist den Immanenzlehren jedenfalls, daß sie für bestimmte Freiheitsbetätigungen den Grundrechtsschutz nicht anerkennen wollen und damit - wären diese Lehren folgerichtig - für Eingriffe in diese ausgeklammerten Freiheitspositionen auch nicht die für Grundrechtsbeschränkungen geltenden Erfordernisse verlangen könnten. Von der Grundrechtsproblematik her gesehen bedürfte es deshalb für solche Eingriffe an sich auch dann nicht der gesetzlichen Ermächtigung, wenn für "echte" Eingriffe¹⁷⁾ in das Grundrecht, genauer: für Eingriffe in die Freiheitspositionen innerhalb der immanenten Grenzen, wegen des dem Grundrecht zugehörigen Gesetzesvorbehaltes¹⁸⁾ eine gesetzliche Ermächtigung

15) auf dieses Problem geht Jesch nicht ein, vgl. Gesetz und Verwaltung, S. 135 bei Fn.161

16) Vgl. dazu Bettermann, Grenzen der Grundrechte, 1964; Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2, RdNo 69 ff; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 14 I 2; von Mangoldt-Klein, Vorbem. XV; Lerche, Übermaß, S. 98 ff, 106 ff; F. Müller, Positivität der Grundrechte, 1969; Häberle, Wesensgehaltsgarantie, 1962; Eike von Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1964; Berg, Konkurrenz schrankendivergenter Freiheitsrechte, 1968; Scholler, Person und Öffentlichkeit, S. 355 ff

17) Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 14 I 2

18) Der Unterschied zwischen Gesetzesvorbehalten und Vorbehalt des Gesetzes besteht darin, daß erstere die von den Grundrechtsverbürgungen gebildeten Schutzzonen dem Zugriff des Gesetzgebers eröffnen, während letzterer Eingriffe in Freiheit und Eigentum an das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung bindet. Eingriffe in den innerhalb der immanenten Grenzen gelegenen Bereich eines mit einem Gesetzesvorbehalt versehenen Grundrechtes bedürfen daher jedenfalls dann, wenn es sich bei dem Gesetzesvorbehalt um einen Vorbehalt des formellen

erforderlich wäre.¹⁹⁾ Diese Lücke füllt der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes, weil er **a l l e** Freiheitspositionen - auch die aus dem Grundrechtsschutz ausgeklammerten - unter den Schutz des Erfordernisses einer formell-gesetzlichen Ermächtigung für Eingriffe stellt; denn der Eingriffsvorbehalt ist wertneutral. Er schützt alle Arten von Freiheitsbetätigungen, auch solche höchst gemeinschaftsschädlicher und asozialer Art. Der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes kennt anders als die Grundrechte keine immanenten Grenzen. Aus diesem Grund geht es auch nicht an, den Freiheitsbegriff im Sinne des Eingriffsvorbehaltes des Gesetzes etwa im Anschluß an Dürigs Immanenzlehre²⁰⁾ dahin auszulegen, daß er von vornherein und vorweg durch die "Polizeigüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" begrenzt sei. Solchen Versuchen der Umfunktionierung des Eingriffsvorbehaltes des Gesetzes im Wege der Begriffsverschiebung ist Jesch²¹⁾ mit Recht entgegengetreten. Seiner Begründung ist nichts hinzuzufügen.

Gesetzes handelt, aus einem doppelten Grunde der formell-gesetzlichen Ermächtigung. Einmal deswegen, weil Einschränkungen des Grundrechtes nur durch Gesetze möglich sind, und zum anderen deswegen, weil Einschränkungen eines Grundrechtes immer zugleich auch einen "Eingriff in Freiheit und Eigentum" darstellen, der wegen des Vorbehaltes des Gesetzes der formell-gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Vgl. hierzu auch Lerche, Übermaß, S. 140, Fn. 131; Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechtes, 2. Band, S. 221, Fn. 2

19) Ebensovienig dürften an sich für Eingriffe in die durch die immanenten Grenzen aus dem Grundrechtsschutz ausgeklammerten Freiheitspositionen die sog. "Schrankschranken" gelten. Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 14 I 2, sagt deshalb durchaus folgerichtig: "Interpretierende, den Grundrechtsinhalt aufzeigende Gesetze unterliegen daher auch nicht den inhaltlichen und formellen Schranken des Art. 19 Abs. 1 u. 2 GG, sondern finden ihre inhaltliche Grenze an der ihnen als Rahmen vorgegebenen und von ihnen zu interpretierenden immanenten Grundrechtsschranke."

20) AÖR 79, 80

21) Gesetz und Verwaltung, S. 140, Fn. 184

b. Unterschiedlichkeit in der Rechtsfolge

In qualitativer Beziehung unterscheidet sich der Schutz des status negativus durch die Grundrechte von dem durch den Eingriffsvorbehalt des Gesetzes einmal dadurch, daß die Grundrechte sich nicht darauf beschränken, Eingriffe unter den Gesetzesvorbehalt zu stellen, sondern jedenfalls teilweise an die Eingriffsgesetze auch noch besondere Anforderungen knüpfen (nämlich bei den qualifizierten Gesetzesvorbehalten) und zudem auch die sog. Schranken-schranken, also etwa die Wesensgehaltsgarantie, Zitatklausel etc., beachten sein müssen. Insofern ist der Schutz durch die Grundrechte intensiver.

Zum anderen unterscheidet sich der Schutz durch die Grundrechte aber auch dadurch von dem des Eingriffsvorbehaltes, daß die Gesetzesvorbehalte einzelner Grundrechte nicht solche eines formellen, sondern des materiellen Gesetzes sind.²²⁾ Das gilt insbesondere für den nach Auffassung des BVerfG²³⁾ im Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" in Art. 2 Abs. 1 GG versteckten Gesetzesvorbehalt. Das BVerfG²⁴⁾ versteht diesen Gesetzesvorbehalt nämlich als "Rechtssatzvorbehalt". Das heißt aber, daß auch Gewohnheitsrecht einen Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit legalisieren kann.²⁵⁾ Damit bleibt dann der Schutz des Grundrechtes hinter dem des Eingriffsvorbehaltes zurück; denn der Eingriffsvorbehalt verlangt auf jeden Fall eine formell-gesetzliche Ermächtigung.²⁶⁾ Aus diesem Grunde wirkt

22) Entgegen Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, S. 52, enthält Art. 19 Abs. 1 Satz 1 nur das Gebot einer abstrakt-generellen Regelung, nicht aber auch das einer formell-gesetzlichen, vgl. auch Jakob, DÖV 70, 671, Fn. 43

23) Elfes-Urteil, BVerfG E 6, 32 ff

24) BVerfG E 6, 38 unten

25) Der Meinung ist ganz offensichtlich auch das BVerfG E 6, 40; vgl. auch Jakob, DÖV 70, 666 ff, 671 b.Fn. 43; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 137 f

26) Das ist zwar nicht unstrittig, wohl aber h.L., vgl. die

auch der Streit darüber, ob "Gesetz" im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2²⁷⁾ und im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG²⁸⁾ auch Gewohnheitsrecht sein könne, recht akademisch. Selbst wenn "Gesetz" im Sinne dieser Vorschriften auch Gewohnheitsrecht sein sollte, wäre wegen des zugleich zur Anwendung kommenden Eingriffsvorbehalts doch eine formell-gesetzliche Ermächtigung erforderlich.

überzeugende Begründung von Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 32 f, 138

- 27) Vgl. dazu Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.140, Fn.2; Schick, DVBl 62, 774 f; Jakob, DÖV 70, 671; BVerfG E 8, 71, 79
- 28) BVerfG E 9, 109; 15, 233; NJW 1967, 2052.
- Der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG ist zudem noch ein weiteres Argument entgegenzuhalten. Bekanntlich sagt das BVerfG, daß "Gesetz" im Sinne des Art. 12 I 2 an sich nur ein formelles Gesetz (oder eine Rechtsverordnung oder Satzung) sei, daß dieses Gebot des Art. 12 I 2 GG jedoch nur an den nachkonstitutionellen die Berufsfreiheit regelnden Rechtsetzer gerichtet sei, so daß vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht sehr wohl tauglich und imstande sei, die Berufsausübung zu regeln.
- Zunächst bedarf die damit vom BVerfG getroffene Unterscheidung zwischen vorkonstitutionellem und nachkonstitutionellem Gewohnheitsrecht der Klärung. Anders als bei gesetztem Recht erwächst die Geltungskraft von Gewohnheitsrecht nämlich nicht einem einmal vollzogenen und dann für alle Zukunft bis zur Aufhebung durch einen actus contrarius oder Ablösung durch sog. derogatorisches Gewohnheitsrecht fortwirkenden Rechtssetzungsakt, sondern einem von der Rechtsüberzeugung begleiteten langandauernden und fortwährenden usus. Bricht dieser usus continuus irgendwann ab, oder hört die den usus continuus begleitende opinio iuris auf zu bestehen, dann besteht auch das Gewohnheitsrecht nicht fort. Das heißt, Gewohnheitsrecht verdankt seine Geltung nicht dem vorkonstitutionellen Entstehen - in diesem Sinne gibt es sicherlich vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht -, sondern seinem nachkonstitutionellen Fortbestehen. Gewohnheitsrecht ist deshalb immer zugleich auch nachkonstitutionelles Recht.

Vermutlich liegt der Unterscheidung des BVerfG aber auch gar nicht das Verkennen dieser Rechtstatsache zugrunde, sondern ein ganz anderer Gedanke, der auch in der Rechtsprechung des Gerichtes zu Art. 19 Abs.1 Satz 2 GG (Zitatklause) zum Ausdruck gekommen ist (BVerfG E 5, 13, 121), nämlich der, daß die besonderen Formerfordernisse

Ekkehart Stein meint deshalb, der Eingriffsvorbehalt habe gegenüber den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte überhaupt nur noch für die Auslegung des Begriffes "Gesetz" Bedeutung, indem er klarstelle, daß darunter "Gesetz im formellen Sinne" zu verstehen sei.²⁹⁾ Dem ist entgegenzuhalten, daß der Art. 2 Abs. 1 GG den Begriff des "Gesetzes" überhaupt nicht erwähnt, sondern von "verfassungsmäßiger Ordnung" spricht. Außerdem übersieht Stein aber auch, daß das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG eben nicht nur durch die Schranke der "verfassungsmäßigen Ordnung", sondern auch durch die der "Rechte anderer" und des "Sittengesetzes" beschränkt wird. D.h., daß diese beiden letzteren Schranken wohl eine Begrenzung der grundrechtlichen Schutzwirkung herbeiführen, daß sie also bestimmte Arten der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus dem Verbürgungsbereich des Art. 2 Abs. 1 GG wieder ausklammern, daß der Staat aber bei Eingriffen in diese ausgeklammerten Freiheitspositionen aus der Sicht der Grundrechte gleichwohl nicht der (formell-) gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Daß dies dennoch notwendig ist, bewirkt wiederum erst der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes, der (natürlich) auch solche Freiheitsausübungen unter Schutz stellt, die gegen das Sittengesetz oder die "Rechte anderer" verstoßen. Dem Eingriffsvorbehalt des Gesetzes kommt somit sehr wohl neben den Grundrechten eine eigene Bedeutung zu, so daß auf ihn weder verzichtet werden kann noch sein dogmatischer Standort in den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte zu suchen ist.

des GG für Grundrechtseinschränkungen nicht auch für solche Einschränkungen gelten sollen, die bereits das vorkonstitutionelle Recht enthalten hat, die also nicht neu hinzugetreten sind. Das mag ein mit Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG und möglicherweise auch mit Art. 12 I 2 GG vereinbarer Gedanke sein. Voraussetzung ist jedoch auf jeden Fall, daß das "vorkonstitutionelle Gewohnheitsrecht" in vorkonstitutioneller Zeit überhaupt verfassungsgemäß war. Der Eingriffsvorbehalt verlangte jedoch auch schon vor Inkrafttreten des GG für Freiheitsbeeinträchtigungen im Rahmen des allgemeinen Gewaltverhältnisses eine formell-gesetzliche Ermächtigung

29) Lehrbuch des Staatsrechtes § 14, IV, S. 95

III. Eingriffsvorbehalt und Zuständigkeitsregelungen

Dieser Eingriffsvorbehalt des Gesetzes gilt nicht, und darin liegt gewissermaßen ein negatives Tatbestandsmerkmal, für die Organisation der Verwaltung. Insbesondere die Regelung der Zuständigkeiten unterfällt dem Eingriffsvorbehalt des Gesetzes nicht. Der Eingriffsvorbehalt erfaßt allein die materielle Komponente der Eingriffsregelung, nicht auch deren organisatorische, formelle.¹⁾

D.h., wegen des Eingriffsvorbehaltes bedarf die Frage, wann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange der Staat Eingriffe in die Freiheits- und Eigentumssphäre des Bürgers vornehmen darf, der gesetzlichen Regelung, nicht jedoch auch die Frage, welches staatliche Organ hierfür zuständig sein soll und wie es organisiert ist. Der Eingriffsvorbehalt beruht, wie Köttgen es formuliert hat²⁾, auf einer "trennscharfen Unterscheidung von Aktion und Institution", er erfaßt nur die "Verhaltensnormen", nicht auch die organisatorischen Normen, die sich von den ersten "sinnfällig unterscheiden".³⁾

- 1) Die Verschiedenheit von materiellen Eingriffsnormen und Zuständigkeitsnormen drückt sich auch darin aus, daß die Zuständigkeitsnormen nicht als Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Freiheit oder Eigentum taugen. Rasch, Verwaltungsorganisation, S.97; Ossenbühl, Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, S.61; a.A. aber Mallmann, VVDStRL 19, 187, 276, der im Bereich der Leistungsverwaltung, auf den er den Vorbehalt des Gesetzes erstreckt, "Organisations- und Zuständigkeitsregelungen als gesetzliche Grundlage genügen" lassen will. Auch Achterberg, Funktionenlehre, S.68, hält eine Umdeutung von Zuständigkeitsbestimmungen in Ermächtigungsvorschriften "in Ausnahmefällen" für zulässig.
- 2) VVDStRL 16, 169, vgl. auch S.174 f, 179, 190, Leitsatz III 5. So auch Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S.39: "Die Organisationsgewalt beruht auf der fundamentalen Unterscheidung organisatorischer und sachlicher Vorschriften, die für das ganze Rechtssystem gilt, und auf der Verschiedenartigkeit der rechtsstaatlichen Garantien, die sich aus dieser Unterscheidung ergibt."
- 3) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.401, 406 f

Richtig ist zwar, daß die Zuständigkeitsregelung auf die sachliche Aufgabe bezogen ist und beide - Zuständigkeitsregelung und sachliche Aufgabe - zueinander in einem direkten Abhängigkeitsverhältnis stehen. Die sachliche Aufgabe kann ohne Zuständigkeitsregelung nicht erfüllt werden, und ohne sachliche Aufgabe ist eine Zuständigkeitsregelung zwar nicht logisch ausgeschlossen, aber doch sicher praktisch unsinnig.⁴⁾ Daraus, aus dieser Abhängigkeit voneinander, läßt sich jedoch weder folgern, daß die Zuständigkeit einer Regelung auch im Außenverhältnis bedarf, noch daß sie den für das Eingriffsrecht entwickelten Rechtserzeugungsregeln, und d.h. vor allem: dem Eingriffsvorbehalt des Gesetzes unterliegt.⁵⁾ Alle Hinweise auf die Affinität oder gar auf eine angebliche Untrennbarkeit der beiden Komponenten der Eingriffsregelungen vermögen deshalb wenig zu fruchten. Es ist sicher richtig, daß durch die Zuständigkeitsregelungen "das individuelle Verhältnis der Behörde zum Bürger normativ verdichtet" wird, "so daß die Regelung des Eingriffes erst mit dieser Zuständigkeitsregelung komplett" ist.⁶⁾ Weiter ist es sicher auch richtig, daß "der Ort der Leistung oder des Eingriffes ein wesentliches Element der Leistung bzw. des Eingriffes selbst"⁷⁾, ein "Element der Bürgerpflicht" ist.⁸⁾ Daraus kann man jedoch nicht - wie es etwa Maunz⁹⁾ tut - folgern, daß der Eingriffsvorbehalt

4) vgl. dazu Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 134

5) so aber Baedeker, Organisationsgewalt, S. 72 f, 119 ff

6) so Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 264; vgl. auch Baedeker, Organisationsgewalt, S. 72

7) Kopp, DÖV 65, 568; vgl. auch Ossenbühl, a.a.O., S. 264

8) Ossenbühl, a.a.O., S. 264

9) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 86, RdNr 17; ihm folgt Baedeker, Organisationsgewalt, S. 72, 118 ff

des Gesetzes auch die Aufteilung der Zuständigkeiten erfasse; denn der Eingriffsvorbehalt trennt das nur scheinbar Untrennbare¹⁰⁾ und beschränkt sich darauf, die Regelung der Eingriffe als solche an die Gesetzesform zu binden, klammert die Aufteilung der Zuständigkeiten für die Vornahme der Eingriffe aber aus seinem Geltungsbereich aus.

Der Komplex "Regelung des Eingriffes" ist, anders als Ossenbühl¹¹⁾ offenbar meint, eben nicht in seiner Gesamtheit dem Gesetzgeber vorbehalten. Der Organisation der Verwaltung ist auch nicht nur "von jeher ein ungleich geringeres Interesse entgegengebracht worden"¹²⁾, sondern sie ist entgegen Ossenbühl¹³⁾ darüber hinaus auch nicht "Teil des mit dem Stichwort Gesetzesvorbehalt angesprochenen Verteilungsproblems". Jedenfalls der rechtsstaatliche Eingriffsvorbehalt des Gesetzes¹⁴⁾ klammert die Verwaltungsorganisation aus seinem Geltungsbereich aus.

Zum Nachweis dieser Tatsache bedarf es weder des Gegenschlusses aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (Garantie des gesetzlichen Richters), obschon auch dieses Argument durch-

10) Köttgen, VVDStRL 16, 169, hält dem zu Recht entgegen, daß "dem deutschen Verfassungsrecht jene sozialwissenschaftliche Binsenwahrheit von jeher suspekt war, derzufolge Organisations- und Sachfragen keine wechselseitige Isolierung vertragen" und daß "unser Bundesstaatsrecht ... genau das Gegenteil" fordere. Unzutreffend daher Baedeker, Organisationsgewalt, S.72, der von einer unlösbaren Verknüpfung zwischen materiellem Recht und Organisationsrecht spricht.

11) a.a.O., S. 264

12) vgl. Forsthoff, Öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, S. 38; ders., Lehrbuch, S. 402; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 264 f

13) Ossenbühl, a.a.O., S. 264

14) Auf den rechtsstaatlichen Rechtssatzvorbehalt, der von dem Eingriffsvorbehalt zumeist nicht genügend unterschieden wird, soll noch eingegangen werden (vgl. dazu die Ausführungen bei VII).

aus überzeugend ist¹⁵⁾, noch genügt die Berufung darauf, daß "die Staatsgewalt in den Beziehungen zwischen Staat und Bürger als eine Einheit" erscheine und Zuständigkeitsregelungen deshalb "nicht den Rechtskreis des Bürgers an sich, sondern nur die Art und Weise der Wahrnehmung und Ausübung bestehender Rechte und Pflichten" betreffen.¹⁶⁾

15) Vgl. Köttgen, VVDStRL 16, 170, Fn. 63, 177; Forsthoff, Lehrbuch, S. 406, Fn. 1aE; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 265; a.A. aber Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 14; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 132 bei Fn. 94 (für Analogie). Ungenau hierzu Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 94, der meint, daß die Garantie des gesetzlichen Richters "dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt" unterfalle. Richtig daran ist, daß der in Art. 101 I 2 enthaltene Vorbehalt des Gesetzes auch ein rechtsstaatlicher, d.h. rechtsstaatlich motivierter, ist. Die dafür von Böckenförde, a.a.O., S. 94 f., gegebene Begründung bedarf keiner Ergänzung. Unrichtig daran ist aber, daß dieser rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes "dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt" unterfalle. Das gilt jedenfalls dann, wenn man unter "dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt" den Eingriffsvorbehalt des Gesetzes versteht. Im Verhältnis zu diesem Vorbehalt des Gesetzes stellt der in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltene Vorbehalt des Gesetzes ein echtes aliud, nicht ein spezielleres minus dar. Die Behauptung Böckenfördes läßt sich deshalb nur dann aufrechterhalten, wenn man unter "dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt" die Gesamtheit des Bereiches versteht, der von irgendeiner der verschiedenen rechtsstaatlichen Vorbehalte des Gesetzes abgedeckt wird. Einem so verstandenen "rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt" unterfällt dann freilich auch der Vorbehalt des gesetzlichen Richters. Gegen eine solche Sicht der Dinge sind jedoch aus Gründen der Begriffsklarheit erhebliche Bedenken anzumelden.

16) So Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 93, kritisch hierzu Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 264, bei Fn. 85; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 72

Mit Hilfe dieses letzteren Argumentes läßt sich in der Tat nicht nachweisen, daß sich der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes nur auf die materielle Komponente der Eingriffsregelung bezieht. Es ist zwar richtig, daß Rechtssubjekt der Eingriffsregelungen allein der Staat "als Einheit" ist, nicht aber auch das einzelne Verwaltungsorgan, die Verwaltungsbehörde. Mit Rupp¹⁷⁾ ist daran festzuhalten, daß den Verwaltungsorganen Rechtssubjektivität lediglich im staatlichen Innenverhältnis, nicht aber auch im Außenverhältnis zum Bürger zukommt. Daraus läßt sich jedoch weder folgern, daß die Zuständigkeitsregelungen nicht den "Rechtskreis der Bürger an sich" berühren, noch läßt sich daraus weiter folgern, daß die organisatorische Komponente dem Eingriffsvorbehalt nicht unterfällt. Wenn etwa die Zuständigkeit zur Vornahme von Eingriffsakten in einem Außengesetz geregelt ist, und solche Zuständigkeitsregelungen gibt es bekanntlich in erheblichem Umfange, dann hat der Bürger auch das sog. "Recht auf die zuständige Behörde", d.h. er ist nicht verpflichtet, sich Eingriffe von anderen als den danach zuständigen Behörden gefallen zu lassen. Erläßt eine nicht zuständige Behörde dennoch solche Eingriffsakte, so sind diese auch im Außenverhältnis rechtswidrig. Damit ist zwar noch immer keine Rechtsrelation zwischen der Behörde und dem Bürger hergestellt. Rechtssubjekt bleibt auch in diesem Falle sowohl für die materielle wie für die formelle, d.h. organisatorische Eingriffsregelung der Staat "als Einheit". Der "Rechtskreis des Bürgers" ist dann aber auch durch die Zuständigkeitsregelung "berührt", und zwar erweitert, nämlich durch das "Recht auf die zuständige Behörde". Aus der Tatsache, daß im Außenverhältnis nur der Staat, d.h. die ju-

17) Grundfragen, S. 85 ff; ebenso Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 169 ff; ders., DVBl 70, 845; vgl. auch Friauf, Der Staat 1970, S. 229 f

ristische Gesamtperson, Rechtssubjektivität besitzt, wird durchaus zu Unrecht gefolgert, daß die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen den nur im Innenverhältnis teilrechtsfähigen Staatsorganen die Rechtssphäre des Bürgers unberührt lasse. Beides hat nichts miteinander zu tun. Auch ohne Rechtssubjektivität der Staatsorgane im Außenverhältnis kann sehr wohl ein Recht des Bürgers auf das Handeln der zuständigen Behörde bestehen. Freilich ist dieses Recht nicht gegen das nichtrechtsfähige Staatsorgan, sondern gegen den Staat als juristische Gesamtperson gerichtet.

Hieran knüpft sich dann immer noch die weitere Frage, ob der Eingriffsvorbehalt nicht doch auch die Verrechtlichung der organisatorischen Seite der Eingriffe in Freiheit oder Eigentum verlange, ob das "Recht auf die zuständige Behörde" nicht gerade wegen des Eingriffsvorbehaltes notwendige Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Eingriffes in Freiheit oder Eigentum ist. Diese Frage läßt sich mit dem Hinweis darauf, daß der Staat dem Bürger "als Einheit" gegenübertrete, nicht beantworten. Sie läßt sich jedoch mit dem Hinweis auf das historische Faktum beantworten, daß sich der im Bundesverfassungsrecht nur kraft Gewohnheitsrechtes geltende Eingriffsvorbehalt des Gesetzes so und nicht anders entwickelt hat. Nach der Ausprägung, die der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes im konstitutionellen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts erfahren hat, fiel "der ganze Bereich der Organisierung aus der Freiheits- und Eigentumsformel heraus"¹⁸⁾, so daß auch alle von der Organisation der Verwaltung ausgehenden Berührungen der Bürgersphäre keine "Eingriffe" in diesem Sinne darstellen können. Im konstitutionellen Staat war die Organisationsgewalt "Haus-

18) So Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 70 f, 85 ff

gut" des Monarchen¹⁹⁾, und die h.L.²⁰⁾ nimmt durchaus zutreffend an, daß dieses Erbe auf die Exekutive übergegangen sei, soweit nicht irgendeiner der verschiedenen Vorbehalte des Gesetzes organisatorische Kompetenzen unter das Monopol des Gesetzgebers stellt oder der Gesetzgeber von seinem darüber hinausgehenden Zugriffsrecht Gebrauch gemacht hat.

IV. Versuche der Umdeutung des Eingriffsvorbehaltes

Die hier zugrundegelegte traditionelle Eingrenzung des Eingriffsvorbehaltes des Gesetzes ist in der Literatur keineswegs unbestritten. Insbesondere ist immer wieder versucht worden, die Schutzwirkungen des Eingriffsvorbehaltes auch für die Leistungsverwaltung zu aktivieren. Auf die dabei benutzte Argumentation soll im nachfolgenden eingegangen werden. Zwar ist die Geltung des Eingriffsvorbehaltes für die Leistungsverwaltung an sich nicht das

-
- 19) Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 7 ff, 14; Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, S. 41; Weber, VVDStRL 16, 242; F. Mayer, EvStL, Sp. 1422; Köttgen, VVDStRL 16, 178 f, 190 III
- 20) Köttgen, VVDStRL 16, 155, weist zu Recht darauf hin, daß es an einem "harmonisierenden Überleitungsrecht, das nach 1919 in Fragen der Organisationsgewalt spezielle Bedeutung besaß", gefehlt habe. Daraus habe die h.M. "mit gutem Grund einen salva substantia erfolgten Übergang der kaiserlichen Organisationsgewalt auf den Reichspräsidenten" folgern können. Vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78 I a, S. 122; Forsthoff, Lehrbuch, § 22 a, S. 403; auch F. Mayer, EVStL Sp. 1420, bezeichnet das als die "bislang h.L."; Merk, VVDStRL 16, 251 f; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 55 f, 69 f, weist zudem zutreffend auf Art. 86 Abs. 1 Satz 2 GG hin, der diesen Übergang nur bestätigt; vgl. dazu auch die Ausführungen unten bei VI 1 b

Problem der vorliegenden Abhandlung; denn hier geht es nur um die Geltung des Eingriffsvorbehaltes für die Zuständigkeitsregelungen. Eine ähnliche Argumentation, wie sie zum Aufbrechen der Grenze des Eingriffsvorbehaltes gegenüber der Leistungsverwaltung benutzt wird, läßt sich jedoch auch für die Ausdehnung des Eingriffsvorbehaltes auf das Gebiet der Organisations- und Verfahrensregelung verwenden. Das Argument, daß es nicht angehe, den Bürger im Bereich der Leistungsverwaltung ohne Rechtsansprüche zu lassen, läßt sich ohne weiteres auch auf die organisatorische Tätigkeit der Exekutive übertragen. Auch dort könnte man auf die Idee kommen, das "Recht auf die zuständige Behörde" durch eine Erstreckung des Eingriffsvorbehaltes zu erzeugen.¹⁾ Auf diese Argumentation muß deshalb aus prinzipiellen Gründen eingegangen werden.

Verhältnismäßig leicht abzuwehren sind jene bekannten Versuche, die den Eingriffsvorbehalt vermittels Argumentation aus der Demokratieentscheidung der Verfassung²⁾ oder aus dem Gewaltentrennungsprinzip³⁾ ausweiten wollen; denn sie sind in Wahrheit gar nicht gegen den Eingriffsvorbehalt gerichtet, sondern gegen die traditionelle Eingrenzung des Gesamtbereiches des Vorbehaltes des Gesetzes. Sie wollen - genau genommen - gar nicht den Eingriffsvorbehalt erweitern, sondern neben ihn andere Vorbehalte des Gesetzes stellen, durch die der Gesamtbereich des Vorbehaltes des Gesetzes die gewünschte Erweiterung erfährt.⁴⁾ Auf sie soll deshalb an dieser Stelle, wo es zunächst nur und allein um die Frage geht, ob die Zuständigkeitsregelungen dem Eingriffs-

1) So dürfte Baedeker, Organisationsgewalt, S. 83 ff, wohl in der Tat zu verstehen sein

2) Höhn, Wohnheitsrecht im Verwaltungsrecht, S. 23; Zeidler, Der Staat 1, 1962, 335; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.92 ff, 204 ff; Spanner, Gutachten z. 43.DJT, 1960, Bd.I, 2. Teil A, S.8 ff; ders., DOV 57, 640 f; dazu kritisch Rupp, Grundfragen, S.131 ff; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, 212 f, 228

3) Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S.20; F.Mayer, Nottarp-Festschrift, S.193; dazu kritisch Rupp, Grundfragen, S.130; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 200

4) das sagt Jesch, a.a.O., S. 63, auch ausdrücklich

vorbehalt des Gesetzes unterliegen, noch nicht eingegangen werden.⁵⁾

Hier sollen zunächst nur jene Versuche abgewehrt werden, die den Gesamtbereich des Vorbehaltes des Gesetzes durch die Erweiterung und Umfunktionierung des Eingriffsvorbehaltes auszudehnen versuchen. Einen solchen unternimmt Rupp⁶⁾, indem er durch eine Umdeutung des Freiheitsbegriffes (statt Freiheit der autonomen, "naturrechtlich vorgegebenen Individualsphäre"⁷⁾ "Freiheit von freiheitswidriger Bettlergesinnung"⁸⁾) den Eingriffsvorbehalt auch für den status positivus aufzubereiten versucht.

Rupp sind vor allem drei Argumente entgegenzuhalten. Zum ersten ein methodisches. Rupp übersieht nämlich, daß der (nur) kraft Verfassungs-Gewohnheitsrechtes geltende⁹⁾ Eingriffsvorbehalt des Gesetzes nicht im gleichen Maße einer "Verfassungsumwandlung durch Begriffsverschiebung"¹⁰⁾ offensteht, wie das bei einem geschriebenen Verfassungssatz der Fall sein mag.

Zum zweiten verkennt Rupp bei seiner Neuinterpretierung des Eingriffsvorbehaltes dessen Zweck und muß von daher notwendig zu falschen Ergebnissen kommen. Der Zweck des

5) vgl. dazu die Ausführungen unten bei VI 2

6) DVBl 59, 81 f, 84 f; ders., Grundfragen, S. 135 ff, 139, 141 f; ähnlich Scheuner, VVDStRL 11, 17; Mallmann, VVDStRL 19, 190; Friauf, DVBl 66, 737; zustimmend Stern, JZ 60, 525; kritisch dazu Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 203 f, 63 ff; ebenso Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 214 ff

7) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 193

8) Rupp, Grundfragen, S. 142

9) Rupp ist freilich auch gar nicht der Meinung, daß es sich bei dem Eingriffsvorbehalt des Gesetzes um Gewohnheitsrecht handele. Das ergeben seine Ausführungen in Grundfragen, S.136, Fn.88, wo er den von Jesch gemachten Vergleich des Eingriffsvorbehaltes mit Gewohnheitsrecht zurückweist. Er spricht vielmehr unklar von "verfassungsimmanentem Nichttext" oder "tradiertem und verfassungsimmanenten Gesetzesvorbehalt", a.a.O., S.141

10) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 69

Eingriffsvorbehaltes darf nämlich keineswegs mit dem Gesamtzweck aller rechtsstaatlichen Vorbehalte des Gesetzes gleichgesetzt werden. Der Zweck des Eingriffsvorbehaltes ist ein partieller. Daneben gab und gibt es andere rechtsstaatliche Vorbehalte des Gesetzes, und es gibt auch das sog. Zugriffsrecht der Legislative. Unter dem Dach des Gesamtzwecks des Rechtsstaatsprinzips lassen sich mehrere, voneinander abgegrenzte Teilzwecke unterscheiden. Es besteht keine Veranlassung, die Erfüllung aller rechtsstaatlichen Zwecke nur und allein dem Eingriffsvorbehalt des Gesetzes aufzubürden.

Zum dritten schließlich ist Rupp entgegenzuhalten, daß der Eingriffsvorbehalt, wenn man den in seinem Tatbestand enthaltenen Begriff der "Freiheit" in dem Rupp'schen Sinne umfunktioniert, gar nicht geeignet ist, die Aufgabe zu erfüllen, um die es Rupp bei seiner Begriffsverschiebung geht, nämlich darum, auch die Leistungsverwaltung unter den Vorbehalt des Gesetzes zu stellen, die Exekutive an einem leistenden Tätigwerden ohne gesetzliche Ermächtigung zu hindern.¹¹⁾ Vielmehr würde genau der umgekehrte und von Rupp zweifelsohne nicht gewollte Effekt eintreten: ohne gesetzliche Ermächtigung wäre ein "Eingriff" in diese "Freiheit" im Sinne Rupps, d.h. doch wohl eine Verweigerung der Leistung, unzulässig. Der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes würde zu dem werden, was man dem Sozialstaatsprinzip aus guten Gründen bestritten hat, zu einem allumfassenden Leistungsanspruch, zu einem Sozialgrundrecht¹²⁾, das es an jedweder Umgrenztheit und Konturschärfe fehlen läßt.¹³⁾

11) Rupp, Grundfragen, S. 143

12) Das übersieht auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 217. Nicht der Gesetzgeber würde die Rechtspositionen einräumen, sondern die Verfassung unmittelbar. Der Gesetzgeber könnte die Rechtspositionen allenfalls einschränken.

13) Solche Rechte hat Hans Huber, Soziale Verfassungsrechte? in Forsthoff, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S.11, zutreffend als unmöglich bezeichnet.

Eine solche Auslegung des Eingriffsvorbehaltes hat natürlich - das will auch Rupp nicht behaupten - mit dem ursprünglichen Zweck des Eingriffsvorbehaltes nicht mehr die geringste Berührung.

Auf diese drei Gegenargumente soll im nachfolgenden noch näher eingegangen werden.

1. Methodisches Gegenargument

Zunächst bedarf es natürlich keiner Frage, daß das Recht kein "starres und totes Paragraphengerippe"¹⁴⁾ darstellt, das einer Anpassung an die im ständigen Wandel begriffenen Umweltbedingungen unfähig wäre. Will das Recht nicht schon am gleichen Tage, an dem es den Mund des Gesetzgebers verlassen hat, wieder zu veralten beginnen und damit unfähig für eine sinnvolle Lösung anstehender Sozialkonflikte werden, muß es über ein gewisses Maß an Flexibilität und Anpassungsfähigkeit verfügen. Darüber verfügt das Recht aber auch. Insbesondere die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe bilden wegen der Breite der Palette ihrer Auslegungsmöglichkeiten Gelenkstellen, an denen das Recht die nötige Biegsamkeit aufweist, um sich der sich stets wandelnden Wirklichkeit anpassen zu können. Es ist deshalb methodisch durchaus nichts gegen eine "Verfassungsumwandlung durch Begriffsverschiebung" einzuwenden, solange und sofern sich diese Begriffsverschiebung innerhalb des Rahmens des Normzweckes hält¹⁵⁾, der sich freilich nicht ohne einen Blick auf die zu regelnde Wirklichkeit, insbesondere nicht ohne einen Blick auf

14) Rupp, Grundfragen, S. 141

15) Zur Begriffsjuristerei wird die Interpretation erst dann, wenn sie sich nicht an dem Normzweck orientiert.

die Auswirkungen der Regelung auf die Wirklichkeit feststellen läßt.¹⁶⁾ Im Grundsatz ist deshalb durchaus auch der Eingriffsvorbehalt einer Umdeutung seiner Begriffe und damit, weil es hier um die auf der Tatbestandsseite der Norm auftauchenden Begriffe geht, einer Veränderung seines Anwendungsbereiches fähig.

Rupp verkennt jedoch, daß es sich bei dem Eingriffsvorbehalt des Gesetzes um einen Gewohnheitsrechtssatz handelt und daß die Anpassung eines Gewohnheitsrechtssatzes an die sich wandelnde Wirklichkeit anderen Regeln unterliegt als die eines gesetzten Rechtssatzes. Das Besondere an einem geschriebenen Rechtssatz ist, daß das Gesetz ein von dem Gesetzgeber unabhängiges Eigenleben führt, sobald es den Mund des Gesetzgebers verlassen hat. Das gesetzte Recht kann daher auch klüger als seine Väter sein.¹⁷⁾ Das Gewohnheitsrecht hingegen verläßt den Mund seines Gesetzgebers nie. Es ist weder im Fortbestand noch im Willen von seinem Schöpfer, dem *usus continuus* und der *opinio iuris*, unabhängig. Es hat das auch gar nicht nötig, denn anders als das geschriebene Recht unterliegt es nicht den Gefahren einer Versteinerung durch seine textliche, begriffliche Fixierung. Das Gewohnheitsrecht hat genügend Anpassungsfähigkeit und Flexibilität schon um deswillen, weil seine Aussage und Regelungskraft notwendig schrittgleich geht mit der sich stets wandelnden Gewohnheit und Rechtsüberzeugung. Aus diesem Grund ist der "Verfassungsumwandlung durch Begriffverschiebung" bei einem gewohnheitsrechtlichen Verfassungssatz auch der Weg versperrt. Die "Osmose von Recht und sozialer Umwelt", von der Rupp spricht¹⁸⁾, findet durch-

16) Rupp's Bild der "Osmose von Umwelt und Recht" ist deshalb durchaus passend, Grundfragen, S. 141 unten

17) Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963, S. 211. Dort verwendet Radbruch auch das bekannte Bild von dem Schiff, das den Hafen verläßt.

18) Rupp, Grundfragen, S. 141

aus auch bei Gewohnheitsrecht statt, sie läßt sich jedoch nicht durch Begriffsumdeutung erzwingen.¹⁹⁾

Voraussetzung für eine Erstreckung des Eingriffsvorbehaltes ist die Veränderung des *usus continuus* und der *opinio iuris*. Davon kann aber weder bei der Leistungsverwaltung noch bei der organisierenden Tätigkeit der Exekutive die Rede sein. Es besteht weder eine dahingehende Übung, noch besteht eine entsprechende Rechtsüberzeugung, daß auch die Akte der Leistungsverwaltung²⁰⁾ und die der Organisationsgewalt²¹⁾ der formell-gesetzlichen Ermächtigung bedürfen. Zwar hat der Gesetzgeber in diesen Bereichen in erheblichem Umfange von seinem sog. Zugriffsrecht Gebrauch gemacht, und dieser Prozeß der Verrechtlichung der Beziehungen zum Bürger im Außenverhältnis findet erfreulicherweise steten Fortgang. Nicht darauf kommt es aber an, sondern umgekehrt darauf, daß es keine Akte der Leistungsverwaltung und der Organisationsgewalt gegeben hat und gibt,

19) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 62 f., führt dazu aus, daß Gewohnheitsrecht nicht interpretierbar sei. Zum Vorbehalt des Gesetzes sagt er aaO: "Überliefert ist uns das fertige Prinzip, nicht ein anpassungsfähiger Text". "Da das Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner aus der konstitutionellen Monarchie tradierten Form als Verfassungsnorm und nicht als ein auslegbarer Text gegeben ist, ist eine Inhaltsveränderung durch eine moderne Auslegung einiger seiner Elemente (z.B. des Freiheitsbegriffes) nicht möglich." Hierzu ist zu bemerken, daß "Verfassungsnorm" und "auslegbarer Text" wohl keine Gegensätze darstellen. Schlüssig würde die Aussage Jeschs erst dann, wenn er den Eingriffsvorbehalt als Gewohnheitsrecht bezeichnen würde.

20) Man denke nur an das sog. Honnefer Modell, weitere Nachweise bei Thierfelder, Zur Normsetzung der Exekutive im Bereiche der Leistungsverwaltung, BawüVB1 70, 145, sowie bei Peters, Festschrift für Hans Huber, S. 216 ff, der davon spricht, daß 90 % der Verwaltung sog. gesetzesfreie Verwaltung sei.

21) Vgl. dazu Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78 I a; Köttgen, VVDStRL 16, 177, der von einer "Verlustliste des Rechtsstaates" spricht; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 100; Ossenbühl, DVB1 69, 528

die nicht durch oder aufgrund eines Gesetzes getroffen werden; denn nur, wenn das der Fall wäre, könnte man von einem dahingehenden usus continuus sprechen, daß auch die Akte dieser beiden Bereiche dem Eingriffsvorbehalt des Gesetzes unterliegen. Es gab und gibt jedoch in so nennenswertem Umfange Zuständigkeitsregelungen in der Form der Verwaltungsvorschrift - und das sogar im Bereich der Eingriffsverwaltung -, daß man diese nicht als verfassungswidrige Entgleisungen abtun kann.

Selbst wenn es aber einen solchen usus continuus gäbe, wäre dieser doch nicht von der für das Entstehen von Gewohnheitsrecht erforderlichen opinio iuris begleitet; denn der bis heute nicht ausgefochtene Streit um die Organisationsgewalt und damit auch um die Kompetenz für die Regelung der Zuständigkeiten hat das Entstehen einer solchen opinio iuris bisher verhindert.²²⁾ Der Eingriffsvorbehalt hat somit die ihm im 19. Jahrhundert gegebenen Grenzen nicht zu überspringen vermocht. Er hat nicht nur die Kopulation mit der immer noch im traditionellen Sinne zu verstehenden sog. konstitutionellen Formel bewahrt, sondern er erstreckt sich nach wie vor auch nur auf die materielle, nicht dagegen auch auf die formelle Komponente der Regelung der "Eingriffe in Freiheit und Eigentum"; denn auch hier fehlt es an der Rechtsüberzeugung, daß es für staatliche Aktionen der gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Die Technik der Umdeutung des Eingriffsvorbehaltes im Wege der Begriffsverschiebung versagt somit schon aus methodischen Gründen.

22) Ähnlich Forsthoff, Lehrbuch, § 22, 2 a, S. 402: Er räumt ein, daß ein wesentlicher Teil der Staatsorganisation gesetzlich geregelt worden sei, fügt aber hinzu: "Aber es war doch nicht so, daß der Grundsatz rechtsverbindlich geworden oder auch nur im Ernste angestrebt worden sei, daß alle staatliche Organisation durch das Gesetz hätte geordnet sein müssen".

2. Verkenning des Zweckes des Eingriffsvorbehaltes

Sie versagt weiter aber auch noch deswegen, weil Rupp den Zweck des Eingriffsvorbehaltes mit dem des Rechtsstaatsprinzipes gleichsetzt und von diesem verfehlten Ausgangspunkt her dann auch versuchen muß, die neuen Aufgaben, die dem Rechtsstaatsprinzip in der gegenüber der konstitutionellen Monarchie veränderten Wirklichkeit des modernen Leistungsstaates zufließen, allein mit Hilfe des Eingriffsvorbehaltes zu erfüllen. Richtig ist sicherlich, daß das Rechtsstaatsprinzip auch eine Verrechtlichung der Leistungsverwaltung, der besonderen Gewaltverhältnisse, der Organisation und des Verfahrens der Verwaltung verlangt. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum dazu allein und nur der Eingriffsvorbehalt in Frage kommen soll. Der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes schließt die Legislative weder von einer darüber hinausgehenden Gesetzgebungstätigkeit aus²³⁾, noch ist er der einzige rechtsstaatlich motivierte Vorbehalt des Gesetzes, den die Verfassungsordnung des Grundgesetzes kennt. Wer einer Ausweitung des Eingriffsvorbehaltes des Gesetzes das Wort redet, darf deshalb auch nicht von dem Gesamtzweck des Rechtsstaatsprinzipes her argumentieren, sondern muß danach fragen, ob der Teilzweck des Eingriffsvorbehaltes, der von dem der anderen Vorbehalte des Gesetzes und von dem des Zugriffsrechtes abzugrenzen ist, eine solche Ausweitung gebietet. Das ist jedoch nicht der Fall. Der Eingriffsvorbehalt hat seine Schutzwirkungen nicht ohne Grund auf jenen Bereich der Staatstätigkeiten beschränkt, von dem für den Bürger besondere Gefahren ausgehen, nämlich auf den der staatlichen Eingriffe in die "naturrechtlich vorgegebene"²⁴⁾

23) Schon Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 90, Fn. 5, weist darauf hin, daß das Bestehen des sog. Zugriffsrechtes in der Diskussion um die Ausweitung des traditionellen rechtsstaatlichen Vorbehaltes "bislang übersehen wird". Ganz deutlich ist das etwa bei Baedeker, Organisationsgewalt, S. 89 ff, der Fall.

24) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 193

autonome Individualsphäre, auf den status negativus²⁵⁾, und er hat weiter aus diesen Schutzwirkungen die Organisationsgewalt nicht nur der Zufälligkeit der historischen Entwicklung wegen ausgeklammert, sondern weil das Schutzbedürfnis des Bürgers dort deutlich abgestuft ist. Es besteht keine Veranlassung, diese Eingrenzung des Eingriffsvorbehaltes aufzubrechen, solange nicht feststeht, daß der freilich auch in diesem Bereich notwendige Schutz des Bürgers vor exekutiver Willkür nicht durch die anderen Vorbehalte des Gesetzes - notfalls durch einen aus dem Rechtsstaatsprinzip unmittelbar abzuleitenden - oder durch das Zugriffsrecht des Gesetzgebers gewährleistet wird.

3. Verkennung der Funktionsweise des Eingriffsvorbehaltes

Hinzu kommt, und damit soll auf das dritte Argument gegen Rupp nochmals zurückgekommen werden, daß der Schutzmechanismus des Eingriffsvorbehaltes gar nicht imstande ist, den Schutz der "Freiheit" im Sinne Rupps zu übernehmen, und zwar auch dann nicht, wenn man den Begriff der "Freiheit" entsprechend umdeutet. Dabei soll davon ausgegangen werden, daß es nicht Rupps Anliegen ist, das Fehlen von Sozial-, d.h. Leistungsgrundrechten im Grundgesetz auszugleichen, indem der Eingriffsvorbehalt als Standort eines solchen allumfassenden und durch die Tätigkeit des Gesetzgebers nur einschränkbaren Leistungsanspruches ausgewiesen wird. Der Eingriffsvorbehalt wäre von seiner Normstruktur her, d.h. von seiner Funktionsmechanik, zwar durchaus imstande, eine solche Rolle zu spielen, sofern es nur ge-

25) Die h.L. ist deshalb durchaus zutreffend der Auffassung, daß der Freiheitsbegriff des Grundgesetzes - und der der Grundrechte - im Phänotypus der liberalen Freiheitsauffassung entspricht. Das räumt auch Dürig ein, JZ 1953, 197. Vgl. auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S.216: "Der Freiheitsbegriff des Grundgesetzes war und ist durchaus von liberalen Vorstellungen im Sinne der Garantie

länge, dem in den "Freiheits"-Begriff hineininterpretierten statuspositivus eine hinreichende Konturschärfe zu verschaffen. Ossenbühl²⁶⁾ und Bullinger²⁷⁾ irren, wenn sie meinen, daß mit einer Erstreckung des Eingriffsvorbehaltes auf die Leistungsverwaltung schon deswegen nichts gewonnen werde, weil "der Bürger den Gesetzgeber nicht zwingen" könne, "ihm feste Rechtspositionen einzuräumen"²⁶⁾, daß ihm vielmehr auch noch die Chance geraubt werde, "Leistungen in einem Bereich zu erhalten, in dem der Gesetzgeber bislang keine Initiative ergriffen hat"; denn ein Tätigwerden des Gesetzgebers wäre für den Leistungsanspruch gerade nicht erforderlich. Der "Eingriff", d.h. die Verweigerung der Leistung, bedürfte der gesetzlichen Grundlage. Der Leistungsanspruch würde schon kraft Verfassungssatzes bestehen, wenn auch unter Gesetzesvorbehalt. So jedenfalls ist die Funktionsweise des Eingriffsvorbehaltes und auch die der Grundrechte in ihren klassischen Anwendungsbereichen, und an dieser Funktionsweise wird man auch dann nichts ändern können, wenn man dem Eingriffsvorbehalt weitere Anwendungsbereiche zu erschließen versucht. Eine solche Erweiterung des Eingriffsvorbehaltes entspricht jedoch ganz eindeutig nicht seinem Normzweck.

Es geht nicht an, den ideengeschichtlich und rechtsdogmatisch zum Rechtsstaatsprinzip²⁸⁾ zählenden Eingriffsvorbehalt des Gesetzes für Zwecke zu aktivieren, die jedenfalls herkömmlich nicht solche des Rechtsstaatsprinzips sind.

einer autonomen Eigensphäre geprägt worden und wird als normativer Begriff auch heute in diesem Sinne verstanden."

26) Verwaltungsvorschriften, S. 217

27) Vertrag und Verwaltungsakt, S. 96

28) Die demokratische Komponente des Vorbehaltes soll damit keineswegs geleugnet werden. Auf sie kommt es jedoch hier nicht an. Vgl. dazu die Ausführungen unten bei VI 2 a

Ossenbühl²⁹⁾ weist zudem zu Recht darauf hin, daß der Grundgesetzgeber die sozialen Veränderungen seit dem 19. Jahrhundert, auf die Rupp und auch Jesch zur Rechtfertigung ihrer Versuche zur Erweiterung des Eingriffsvorbehaltes verweisen, keineswegs übersehen hat, sondern daß er diese "im Sozialstaatsprinzip aufgefangen" hat. Der Grundgesetzgeber hat also entschieden, und zwar negativ dahin, daß es einen generellen Leistungsanspruch des Bürgers gegenüber dem Staat auf Verfassungsebene nicht geben soll. Die Verfassung hat sich angesichts der Erfahrungen mit den Sozialgrundrechten der Weimarer Verfassung aus gutem Grund darauf beschränkt, dem Staat einen allgemeinen Gestaltungsauftrag zu erteilen, ohne dem Bürger zugleich korrespondierende Ansprüche einzuräumen.

Es verbleibt daneben freilich die Frage, ob der Staat diesem Auftrag des Sozialstaatsprinzips in der Weise nachkommen darf, daß er zwar leistet, dieses Leisten aber nicht verrechtlicht, d.h. dem Bürger nicht zugleich auch einen Anspruch auf die Leistung einräumt, so daß der Bürger in dem von Rupp zu Recht als unerträglich empfundenen status des Almosenempfängers verharret. Dies ist sehr wohl ein Anliegen des Rechtsstaatsprinzips, und die Antwort auf die Frage kann gar nicht anders lauten als dahin, daß das nicht erträglich ist, sondern daß das Rechtsstaatsprinzip jedenfalls in einem gewissen Umfange sehr wohl eine Verrechtlichung auch des Leistungsverhältnisses zwischen Bürger und Staat, auch des besonderen Gewaltverhältnisses und auch der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Beziehungen verlangt.³⁰⁾ Die Antwort des Rechtsstaatsprinzips ist also

29) Verwaltungsvorschriften, S. 216

30) Nur darum dürfte es Rupp auch gehen: nicht um die Leistung als solche, d.h. darum, ob geleistet wird oder nicht, sondern darum, daß das in den Bahnen des Rechtes geschieht, d.h. nicht ohne gleichzeitige Verrechtlichung. Der Bürger soll im sozialen Rechtsstaat kein "von der Gnade abhängiger Almosenempfänger sein, sondern ein an-

eindeutig. Nur, und hier muß Rupp die Gefolgschaft verweigert werden, heißt das eben nicht zugleich auch, daß der Eingriffsvorbehalt entsprechend zu erweitern ist. Dieser würde die Aufgabe der Verrechtlichung, d.h. die Erfüllung des aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Gesetzgebungsauftrages mit dem ihm zur Verfügung stehenden begrifflichen Instrumentarium auch schwerlich erfüllen können; denn nicht nur der Begriff der "Freiheit" müßte einen anderen Inhalt bekommen, sondern auch der des "Eingriffes". Wie sollte dieser aber aussehen?

Im Ergebnis erweist sich somit die Erweiterung des Eingriffsvorbehaltes als ein untaugliches Mittel zur Erfüllung des aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Postulates nach Verrechtlichung auch der übrigen, d.h. außerhalb der Eingriffsverwaltung gelegenen, Beziehungen zwischen Bürger und Staat. Die immer wieder vorgetragenen Forderungen nach einem "erweiterten Vorbehalt des Gesetzes" vermögen zwar auf ein berechtigtes rechtspolitisches und darüber hinaus sogar auch rechtsdogmatisches Anliegen zu verweisen, sie befinden sich jedoch auf einem falschen rechtsdogmatischen Wege.

spruchsberechtigter Fordernder", Stern, JZ 1960, 557; vgl. auch Menger, DÖV 1955, 588; Bellstedt, DÖV 1961, 164; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 81 ff, 100 ff; Rupp, DVBl 1959, 84 f: dem Bürger müsse ein Recht auf die Leistung durch Gesetz eingeräumt werden, damit keine Abhängigkeit von der Verwaltung entstehe.

V. Funktioneller Vorbehalt des Gesetzes und Zuständigkeitsregelungen

Für organisatorische Regelungen gilt der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes nach wie vor nur dann, wenn sie sich nicht darauf beschränken, den "Kreis der schon bestehenden Regierungsrechte (neu) zu verteilen", sondern wenn sie die Grenzscheide zur materiellen Komponente der Eingriffsregelung überspringen und den "Kreis der schon bestehenden Regierungsrechte erweitern".¹⁾ Diese Beschränkung der Organisationsgewalt ist "seit altersher anerkannt".²⁾

Man könnte diese Bindung der Organisationsgewalt auch als einen Fall des von Böckenförde³⁾ sog. "funktionellen Gesetzesvorbehaltes" ansehen. Ein solcher Vorbehalt des Gesetzes⁴⁾ soll nach Böckenförde vorliegen, "wenn die Aus-

1) Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht, Bd.1, S. 571

2) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 93 m.w.N. in Fn.13; Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 8; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 263; Forsthoff, Lehrbuch, S. 404, Fn.1, weist im Anschluß an Anschütz auf eine Erklärung der preußischen Regierung vor dem Herrenhaus in der Sitzung vom 30. Januar 1869 hin, in der es heißt: "Die Organisationsgewalt hat endlich noch eine selbstverständliche Beschränkung, nämlich die, daß durch sie die materielle Regierungsgewalt, d.h. also Inhalt und Umfang der in der Staatsgewalt begriffenen Hoheitsrechte, nicht eingeschränkt oder verändert werden kann ohne einen Akt der Gesetzgebung, daß also, wenn in dieser materiellen Regierungsgewalt Abänderungen getroffen werden sollen, diese nur unter gesetzmäßiger Mitwirkung der Landesvertretung möglich sind".

3) Organisationsgewalt, S. 102. Mit Böckenfördes vergleichendem Hinweis auf die v. Mangoldt-Kleinschen "systematisch-sachlichen Gewährleistungsschranken" der Grundrechte wird man sich freilich ebensowenig einverstanden erklären können wie mit dieser Schrankenspecies überhaupt.

4) Der Ausdruck "Gesetzesvorbehalt" wird hier vermieden, weil er um der größeren terminologischen Klarheit willen für die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte und für die übrigen von der Verfassung vorgesehenen Möglichkeiten

übung der exekutiven Organisationsgewalt zugleich auch Wahrnehmung einer anderen Kompetenz ist, die ihrerseits einem allgemeinen oder besonderen Gesetzesvorbehalt unterliegt". Das paßt auch auf diese "seit altersher anerkannten" Beschränkungen der Organisationsgewalt, wenn Böckenförde selbst die Figur des "funktionalen Gesetzesvorbehaltes" auch nicht hierauf überträgt.

Ein solcher Fall liegt z.B. bei der Beleihung Privater vor, wenn und weil die Beleihung auch "besondere öffentlich-rechtliche Pflichten des Beliehenen begründet, die in dessen Rechtskreis belastend eingreifen".⁵⁾ Dies ist wegen des Eingriffsvorbehaltes nur auf Grund einer formell-gesetzlichen Ermächtigung möglich.

Gleiches gilt jedoch nicht für die darin zugleich enthaltene Zuständigkeitsregelung. Zwar unterliegen ausnahmsweise auch die Zuständigkeitsregelungen dem Eingriffsvorbehalt, wenn sie sich nämlich nicht darauf beschränken, die materiell bereits bestehenden Eingriffsbefugnisse des Staates dadurch "normativ zu verdichten", daß diese Eingriffsbefugnisse einer bestimmten Behörde zugewiesen werden, sondern wenn die Zuständigkeitsregelungen darüber hinaus einen weiteren und eigenständigen Eingriff enthalten. Dieser zusätzliche Eingriff muß sich dann sehr wohl seinerseits am Eingriffsvorbehalt messen lassen, d.h., es bedarf einer gesetzlichen Ermächtigung. Ein solcher Eingriff liegt im Verhältnis zu den betroffenen Bürgern, die sich nunmehr Eingriffe (auch) durch den Beliehenen gefallen lassen müssen, jedoch nicht vor.⁶⁾ Der bloße "Vorgang der Ausgliederung

ten der Durchbrechung eines Verfassungssatzes durch den einfachen Gesetzgeber reserviert bleiben soll.

5) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 95

6) So aber offenbar Baedeker, Organisationsgewalt, S. 174

aus der Verwaltungshierarchie ist weder mit einer Vermehrung noch sonstigen substantiellen Veränderung der Hoheitsbefugnisse verbunden".⁷⁾

Es ist bei den Zuständigkeitsregelungen überhaupt schwer vorstellbar, daß sie die Grenze zur materiellen Komponente überspringen und einen selbständigen, neuen "Eingriff in Freiheit" bewirken. Auch bei den von Rasch⁸⁾ besprochenen Fällen der Meldepflicht von Geburten beim Standesamt und der Anmeldepflicht nach den Meldegesetzen ist das nicht der Fall. Die Melde- und Anmeldepflicht als solche stellt zweifelsohne einen "Eingriff in Freiheit" im Sinne des Eingriffsvorbehaltes dar. Darüber hinaus liegt aber nicht auch insoweit ein zusätzlicher "Eingriff in Freiheit" vor, als die Anmeldung durchaus nicht gegenüber jeder beliebigen Behörde vorgenommen werden kann, sondern nur gegenüber bestimmten, nämlich den zuständigen Behörden. Diese "normative Verdichtung" der Meldepflicht hält sich immer noch innerhalb des Rahmens der vom Eingriffsvorbehalt gerade ausgeklammerten formellen Komponente der Eingriffsregelung. Die Grenze zur materiellen Komponente wird dadurch nicht überschritten.

Richtig ist zwar, daß die Fixierung der Anmeldepflicht auf bestimmte Behörden, um im Außenverhältnis wirksam zu sein, eines Außenrechtssatzes bedarf. Ohne Außenrechtssatz gibt es auch keine Außenrechtswirkungen. Richtig ist weiter auch, daß ein Außenrechtssatz wegen des - unten noch zu erörternden⁹⁾ - rechtsstaatlichen Außenrechtssatzvorbehaltes des Gesetzes von der Exekutive nicht originär geschaf-

7) Das bemerkt zutreffend Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 267, zur ähnlich gelagerten Problematik der Bildung von (außen-)rechtsfähigen Verwaltungseinheiten.

8) Verwaltungsorganisation, S. 136 f

9) Vgl. die Ausführungen bei VII

fen werden kann. Im Ergebnis bedarf es daher, soweit nicht Gewohnheitsrecht eingreift, schon der Zuständigkeitsregelung in einem formellen Gesetz oder auf Grund eines formellen Gesetzes, damit sich die Melde- und Anmeldepflicht auf eine bestimmte Behörde fixiert. Das ist jedoch nicht die Wirkung des Eingriffsvorbehaltes des Gesetzes, sondern die Wirkung des von diesem scharf zu unterscheidenden Außen-Rechtssatzvorbehaltes.

Das gleiche gilt auch für den eingangs zitierten Fall des Hessischen StGH. Dort ging es um die Regelung der Zuständigkeit für die Planfeststellung nach dem Luftverkehrs-gesetz. Auch dort liegt in der Zuständigkeitsfixierung kein zusätzlicher "Eingriff in Freiheit oder Eigentum". Die Grenze zur materiellen Komponente wird nicht überschritten. Der Eingriffsvorbehalt kommt daher nicht zur Anwendung.

Eine ganz andere Frage ist es freilich auch hier wieder, ob die Zuständigkeitsregelungen dem Außenrechtssatzvorbehalt unterfallen. Das ist sicher dann der Fall, wenn es sich bei ihnen um Außenrechtssätze handelt; denn Außenrechtssätze unterfallen samt und sonders auch dem Außenrechtssatzvorbehalt. Ein originäres Rechtssatzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis besteht auch im Bereich der Zuständigkeitsregelungen nicht. Die Frage ist nur, ob es sich tatsächlich, wie der Hessische StGH angenommen hat, um Außenrechtssätze handelt. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eingehendere Untersuchungen. Darauf soll später zurückgekommen werden. Hier genügt es festzustellen, daß die Zuständigkeitsregelungen jedenfalls nicht dem Eingriffsvorbehalt unterliegen, und zwar nicht nur dem kraft Gewohnheitsrecht geltenden bundesverfassungsrechtlichen Eingriffsvorbehalt nicht, sondern auch den in den Landesverfassungen zum Teil ausdrücklich im Text aufgeführten

landesverfassungsrechtlichen Eingriffsvorbehalten¹⁰⁾ nicht. Auch diese haben den Eingriffsvorbehalt im klassischen Umfang übernommen und erfassen nur die materielle Komponente der Eingriffsregelungen.¹¹⁾ Dem Hessischen StGH muß daher widersprochen werden, wenn er meint¹²⁾, daß die Zuständigkeitsfixierung der Planfeststellungsbehörde dem von ihm als "Allgemeinvorbehalt" bezeichneten Eingriffsvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 der Hessischen Verfassung unterliege. Es kommt eben nicht darauf an, ob "eine bestehende Behörde mit neuen hoheitlichen Befugnissen ausgestattet" wird, entscheidend ist vielmehr, ob die im Luftverkehrsgesetz und in den übrigen einschlägigen Eingriffsgesetzen enthaltenen Eingriffsbefugnisse, die die Planfeststellungsbehörde nunmehr wahrnimmt, durch die Zuständigkeitsregelung als solche erweitert werden. Das ist ganz eindeutig nicht der Fall.

Schließlich liegt ein solcher zusätzlicher Eingriff auch nicht in den vom BVerfG entschiedenen Fällen der Veränderung eines Fleischbeschaubezirkes¹³⁾ und der Auflösung einer Volksschule¹⁴⁾ vor. Zwar wurden in diesen Fällen durch

10) Art. 2 Abs. 2 der Hessischen Verfassung und wörtlich übereinstimmend Art 58 Baden-Württembergische Verfassung: "Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zuläßt"; Art. 2 der Rheinland-Pfälzischen Verfassung: "Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, zu der ihn nicht das Gesetz verpflichtet"; Art. 2 der saarländ. Verfassung: "Der Mensch ist frei und darf nicht zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, zu der ihn das Gesetz nicht verpflichtet".

11) So auch Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 85 f

12) DÖV 70, 134

13) BVerwG DVBl 61, 86 f

14) BVerwG E 18, 40 ff

die Veränderung der örtlichen Zuständigkeit Rechtspositionen durchaus berührt. Dem Fleischbeschauer wurde ein Teil seines Bezirkes entzogen, und die Schüler mußten nunmehr eine andere, ungünstiger gelegene Schule besuchen. Darin lag im Falle des Fleischbeschauers eine Beschneidung der ihm mit seiner Bestallung eingeräumten Rechtsposition¹⁵⁾ und im Falle der Schulauflösung ein Eingriff in das sich nach Auffassung des BVerwG aus dem Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG ergebende Recht der Eltern, "darüber zu bestimmen, welche Schule ihre Kinder besuchen sollen"¹⁶⁾. Gleichwohl liegt darin aber kein "Eingriff in Freiheit oder Eigentum" im Sinne des Eingriffsvorbehaltes, weil es sich bei diesen Rechtspositionen um solche des status positivus handelt, nicht dagegen um solche des status negativus, den allein zu schützen Aufgabe und Anliegen des Eingriffsvorbehaltes ist. Es wird dadurch nicht in die von der Natur vorgegebene¹⁷⁾ Sphäre der "Robinsonfreiheit" im Sinne Dürigs¹⁸⁾ eingegriffen, sondern in eine Rechtsposition, die darüber hinaus zu gewähren der Staat sich entschlossen hat.

15) eine solche liegt auch dann vor, wenn man die Befugnis zur Fleischschau mit dem BVerwG nicht als eine eigentumswerte Rechtsposition im Sinne des Art. 14 GG ansieht; denn eine Rechtsposition des Fleischbeschauers liegt schon allein darin begründet, daß die nach dem Fleischbeschauengesetz an sich mögliche Aufhebung der Bestallung nur bei fehlerfreier Ermessensausübung möglich ist.

16) BVerwG E 18, 40 (42)

17) vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.193, der davon spricht, daß der Eingriffsvorbehalt auf der Idee einer "naturrechtlich vorgegebenen Individualsphäre" beruhe

18) in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2 Abs. 1 RdNo 4

VI. Institutionelle Vorbehalte des Gesetzes und Zuständigkeitsregelung

Die Erörterung des rechtsstaatlichen Rechtssatzvorbehaltes soll zunächst noch zurückgestellt bleiben. Zunächst soll untersucht werden, ob die Zuständigkeitsregelungen durch spezielle organisatorische oder, wie Köttingen¹⁾ sie genannt hat, "institutionelle" Vorbehalte des Gesetzes erfaßt werden. Dabei empfiehlt es sich, mit Böckenförde²⁾ zwischen notwendigen und fakultativen institutionellen Vorbehalten zu unterscheiden. Unter notwendigen institutionellen Vorbehalten des Gesetzes versteht Böckenförde solche, die Organisationsakte aus Gründen, die sich aus der Verfassungsstruktur ergeben, an die Gesetzesform binden, ohne daß der Vorbehalt ausdrücklich im Text der Verfassung niedergelegt zu sein braucht. Dagegen sind unter fakultativen institutionellen Vorbehalten solche zu verstehen, "die nicht strukturell bedingt sind, sondern nur nach Maßgabe ihrer ausdrücklichen Formulierung in der einzelnen Verfassung bestehen". Ossenbühl³⁾ nennt diese letzteren Vorbehalte deshalb auch "positivierte institutionelle Vorbehalte des Gesetzes".

1. Fakultative institutionelle Vorbehalte des Gesetzes

a. auf Landesebene

Fakultative institutionelle Vorbehalte des Gesetzes, die die Organisationsgewalt global erfassen und auch die Zuständigkeitsregelungen allgemein und nicht nur im Bereich bestimm-

1) VVDStRL 16, 161

2) Organisationsgewalt, S. 95 f

3) Verwaltungsvorschriften, S. 271, 277; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78 II b 4, S. 125, spricht von "geschriebenem Gesetzesvorbehalt".

ter ausgewählter Materien an die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung oder doch zumindest einer gesetzlichen Ermächtigung binden, bestehen nur auf der Ebene des Landesverfassungsrechtes.⁴⁾

aa. Diese landesrechtlichen institutionellen Vorbehalte des Gesetzes verpflichten den Landesgesetzgeber, die Behördenorganisation durch Außengesetz zu regeln, das heißt durch solche Gesetze, die für den Bürger Rechte (oder Pflichten) begründen, die dem Bürger also auch das "Recht auf die zuständige Behörde" geben.

So weist etwa Ossenbühl⁵⁾ zutreffend darauf hin, daß Art. 77 der Bayerischen Verfassung deswegen geschaffen worden sei, "weil der Verfassungsgeber die Zuständigkeitsregelungen als den Bürger tangierende Regelungen rechtlich relevanter Art ansah". Aus der Geschichte des Art. 77 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung⁶⁾ ergibt sich auch ganz eindeutig, daß die Regelungen, die Art. 77 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung verlangt, solche mit Außenwirkung sein sollen.

Auch da aber, wo das nicht so eindeutig ist, gilt das gleiche: das Rechtsstaatsprinzip verlangt jedenfalls in einem bestimmten, noch zu erörternden Umfange⁷⁾ die Verrechtlichung der Zuständigkeitsregelungen auch im Außenverhältnis, und aus diesem Grunde ist ein die Zuständigkeitsregelungen erfassender (Spezial-)Vorbehalt des Gesetzes im Zweifel auch als ein Vorbehalt des Außengesetzes aufzufassen.

4) Vgl. Art. 77 Abs. 1 BayVerf; Art. 70 Abs. 1 Ba-Wü-Verf; Art. 43 Abs. 2 Niede.Verf.; Art. 77 Satz 1 NRW-Verf; Art. 116 Saarl.Verf; Art. 38 Abs. 2 Landessatzung für Schl.-Holst.; Art. 57 Hamb.Verf; Art. 51 Abs. 3 Berl.Verf.

5) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 508 m. zahlr. weiteren Nachweisen in Fn. 119

6) Vgl. die Nachweise bei Ossenbühl, a.a.O., S. 508

7) Vgl. unten VIII

Daraus folgt, daß für die Zuständigkeitsregelungen insoweit, als sie wegen dieser positivierten, fakultativen institutionellen Vorbehalte an die Gesetzesform gebunden sind, auch die übrigen Rechtserzeugungsregeln des Außenverhältnisses gelten, und d.h. insbesondere, daß auch Art. 80 GG⁸⁾ und die ihm entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen gelten.⁹⁾ Die Verwaltungsvorschriften sind damit als taugliches Regelungsinstrument verabschiedet. Der Gesetzgeber kann die ihm auf Grund des institutionellen Vorbehaltes zugefallene Kompetenz nur im Rahmen des Art. 80 GG und der diesem entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Vorschriften delegieren, d.h. er kann die Exekutive lediglich zum Erlaß von Rechtsverordnungen, nicht aber auch von Verwaltungsvorschriften ermächtigen.¹⁰⁾

bb. Diese Vorbehalte des Gesetzes erfassen weiter auch den konkret-individuellen Organisationsakt; denn sie sind keineswegs nur Rechtssatzvorbehalte, d.h. Vorbehalte, die lediglich die Kompetenz zur abstrakt-generellen Regelung dem Gesetzgeber vorbehalten, die Exekutive aber nicht an der Vornahme konkret-individueller Akte auch ohne gesetzliche Ermächtigung hindern. Vielmehr werden durch sie die mit dem Begriff "Organisation" umschriebenen Staats-

8) Zur Geltung des Art. 80 GG auf Landesebene vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 80, RdNr 19; von Mangoldt-Klein, Art. 80, Anm. XIII 1, jeweils mit w. Nachw.; Hess. StGH, DÖV 70, 635

9) A.A. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78 II c 1 α, S. 126, der der Meinung ist, daß Art. 80 GG und die ihm entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen nur im Bereich des Eingriffsvorbehaltes gelten. Sie gelten jedoch im gesamten Außenverhältnis u. damit auch für die institutionellen Vorbehalte des Gesetzes, sofern es sich bei diesen um Vorbehalte des Außengesetzes handelt. A.A. aber auch Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 10

10) A.A. Groß, DÖV 1963, 54 f; ders. NJW 1969, 2186 f, der freilich auch der Exekutive im Bereich der Organisationsgewalt ein originäres Rechtsetzungsrecht im Außenverhältnis zuerkennt. Dagegen mit Recht Rupp, NJW 1970, 412 f

tätigkeiten in allen ihren Erscheinungsformen erfaßt, unabhängig davon, ob etwa die Bestimmung der Zuständigkeit durch abstrakt-generelle Regelung geschieht oder ad hoc für den konkreten Exekutivakt, d.h. konkret-individuell. Ebenso wie der Eingriffsvorbehalt bei der materiellen Komponente der Eingriffsakte nicht nur eine originäre abstrakt-generelle Regelung durch die Exekutive verhindert, sondern darüber hinaus auch die Vornahme eines Einzelaktes ohne gleichzeitige gesetzliche Ermächtigung, schließen es diese institutionellen Vorbehalte des Gesetzes auch für die formelle Komponente der Eingriffsakte nicht nur aus, daß die Exekutive die Zuständigkeiten originär in abstrakt-genereller Form regelt, sie schließen es vielmehr auch aus, daß die Exekutive die Zuständigkeiten überhaupt regelt. Es gilt für die formelle Komponente des Exekutivaktes das gleiche wie für die materielle Komponente: ebensowenig wie die Exekutive einen "Eingriff in Freiheit oder Eigentum" vornehmen darf, wenn es ihr hierfür an der vom Eingriffsvorbehalt verlangten, sich auf die materielle Komponente des Eingriffes beziehenden gesetzlichen Ermächtigung fehlt, darf die Exekutive einen solchen Eingriff dann vornehmen, wenn es an der darüber hinaus von einem organisatorischen Vorbehalt des Gesetzes verlangten, sich auf die formelle Komponente des Eingriffes beziehenden gesetzlichen Zuständigkeitsregelung fehlt. Wo eine in ein formelles Gesetz oder in eine Rechtsverordnung oder Satzung gekleidete Zuständigkeitsregelung fehlt, sind der Exekutive die Hände gebunden. Sie darf und kann die Lücke weder durch Zuständigkeitsregelungen in der Form von Verwaltungsvorschriften füllen, diese würden ohnehin nur nach innen wirken und an dem Rechtsvakuum im Außenverhältnis nichts ändern, noch darf sie überhaupt tätig werden. Das Wesen dieser Vorbehalte des Gesetzes besteht also darin, daß sie der Exekutive nicht nur das Recht zum originären Setzen von Recht, d.h. zum Schaffen von abstrakt-generellen Regelungen, entziehen, son-

dern daß sie darüber hinaus die Exekutive auch an der Vornahme von Einzelakten hindern, solange nicht auch eine gesetzliche Regelung der Zuständigkeit erfolgt ist.

b. auf Bundesebene

Solche fakultativen institutionellen Vorbehalte des Gesetzes bestehen jedoch - wie oben schon gesagt - nur auf Landesebene. Auf Bundesebene fehlt es an einem die Zuständigkeitsregelungen global erfassenden Vorbehalt des Gesetzes.¹¹⁾ Zwar gehört zu der in den Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 und 86 Abs. 1 Satz 2 GG genannten "Einrichtung der Behörden" auch die Regelung der Zuständigkeiten.¹²⁾ Sie ist dort jedoch ausdrücklich nicht unter einen Vorbehalt des Gesetzes gestellt, sondern dem Gesetzgeber ist lediglich das Zugriffsrecht eingeräumt worden.

Etwas anders liegen die Dinge allerdings bei Art. 87 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 und 2, 108 Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 1 GG. Zwar gehen auch diese Bestimmungen davon aus, daß die Organisationsgewalt grundsätzlich bei der Exekutive liegt.¹³⁾ Immerhin werden dort aber bestimmte Organisationsakte an die Gesetzesform gebunden, und zu diesen Organisationsakten gehört auch die Regelung der Zuständigkeiten; denn unter "Einrichten" im Sinne des Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG und unter "Errichten" im Sinne des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 und 2 GG fällt auch die Regelung der Zuständigkeiten.¹⁴⁾

11) So ausdrücklich auch BVerfG E 8, 166; Kalkbrenner, DVBl 64, 852

12) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 84, RdNr. 20 f; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 193 f; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 53; Forsthoff, Die Verwaltung, Heft 18, S. 8

13) Vgl. Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 194; Groß, DÖV 63, 53

14) Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 194 f i.V. m. S. 95 ff; Scheuner, Gedächtnisschrift für Hans Peters, S. 806; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 53

Anders als bei den erörterten fakultativen institutionellen Vorbehalten des Gesetzes auf Landesebene handelt es sich bei den in Art. 87 und 108 GG enthaltenen Vorbehalten des Gesetzes jedoch um solche des Innengesetzes; denn ihnen fehlt der rechtsstaatliche Bezug. In der Literatur¹⁵⁾ besteht Einigkeit darüber, daß diese Vorbehalte des Gesetzes ebenso wie das in Art. 84, 85 und 86 GG enthaltene Zugriffsrecht föderativ motiviert sind. Auf solche Vorbehalte des Gesetzes ist Art. 80 GG möglicherweise nicht anwendbar¹⁶⁾, so daß es hier sehr wohl geschehen kann, daß der Gesetzgeber sich in der Weise der ihm übertragenen Regelungsbefugnis begibt, daß er die Exekutive zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ermächtigt. Zwar wird man auch bei diesen Vorbehalten des Gesetzes der Selbstentmachtungsfähigkeit des Gesetzgebers irgendwelche Grenzen ziehen müssen, weil anderenfalls der Vorbehalt des Gesetzes innerlich ausgehöhlt werden könnte. Auch unabhängig von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG wird deswegen der Bestimmtheitsgrundsatz in irgendeiner Form gelten müssen, so daß auch hier völlig unbestimmte Globalermächtigungen ausscheiden. Ob etwa auch die von Böckenförde¹⁷⁾ genannten "Modellgesetze" als zulässig angesehen werden können, erscheint äußerst zweifelhaft. Anders als bei den Vorbehalten des Außengesetzes kann der Gesetzgeber die Exekutive bei diesen Vorbehalten des Innengesetzes aber auch zur Rechtsetzung in der Form von Verwaltungsvorschriften ermächtigen. Zwar kann er die derivative

15) Köttgen, VVDStRL 16, 163 ff; ders., AÖR 90, 221; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 100; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78 II b 2, S. 125; Groß, DÖV 63, 53; Kalkbrenner, DVBl 64, 852; Baedeker, Organisationsgewalt, 151 f

16) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 101; vgl. auch Köttgen, VVDStRL 16, 190, LS II 4; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 162

17) Organisationsgewalt, S. 101

Rechtssetzung durch die Exekutive auch hier an die Rechtsverordnungsform binden. Das ist im Innenverhältnis jedoch nicht die einzig mögliche Form der Delegation.

Hat der Gesetzgeber die Rechtsverordnungsform vorgeschrieben, dann stellt sich die weitere Frage, ob es sich bei den auf Grund solcher Ermächtigungen erlassenen Rechtsverordnungen um Rechtsverordnungen im lediglich formellen Sinn nach der Terminologie der herkömmlichen Doktrin, d.h. um Innenrechtssätze handelt, die lediglich in die Form der Außenrechtssätze gekleidet worden sind, oder ob diese Rechtsverordnungen nicht vielmehr auch der Sache nach Außenrechtssätze darstellen. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist der Regelungswille. Man wird jedoch annehmen dürfen, daß im Zweifel dann, wenn vom Gesetz für die exekutiven Regelungen die Form der exekutiven Außenrechtssätze vorgeschrieben ist, auch der Sache nach Außenrechtssätze vorliegen sollen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Inhalt der Regelung auch die Interessensphäre der Bürger berührt, wie das etwa bei der Regelung der Zuständigkeiten für Eingriffsakte der Fall ist. Bei diesen ist wegen des Rechtsstaatsprinzipes ohnehin in einem gewissen - noch zu erörternden¹⁸⁾ - Umfange die Verrechtlichung auch im Außenverhältnis erforderlich. Bei ihnen wird daher der allein entscheidende objektive Regelungswille auf jeden Fall dahin zu interpretieren sein, daß die Rechtsverordnung auch Außenrechtssatz sein, daß sie die Zuständigkeiten auch im Außenverhältnis mit rechtssatzmäßiger Wirkung fixieren will. Freilich gilt das nur, wenn die Auslegung der gesetzlichen Ermächtigung ergibt, daß es sich auch bei ihr um eine solche des Außenverhältnisses handelt. Ein Innengesetz vermag die Exekutive nicht zum Erlaß eines Außenrechtssatzes zu ermächtigen.¹⁹⁾

¹⁸⁾ Vgl. unten VIII

¹⁹⁾ Aus diesem Grunde geht es auch nicht an, die Regelungen des Haushaltsgesetzes als außenrechtliche Ermäch-

Das ist selbstverständlich. Im Zweifel wird jedoch in den erörterten Fällen der Zuständigkeitsregelung für Eingriffsakte auch die gesetzliche Ermächtigung als Außengesetz auszulegen sein. Die Tatsache, daß der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes an sich nur Innengesetze verlangt, zwingt schon wegen des darüber hinausgehenden Zugriffsrechtes nicht, die in seinem Geltungsbereich erlassenen Gesetze auch nur als Innengesetze auszulegen.

tigung für Akte der Leistungsverwaltung auszulegen. (So aber etwa Ipsen, VVDStRL 25, 296 f, 411, 426, der den Subventionsrichtlinien Außenrechtssatzcharakter beilegt, indem er deren gesetzliche Ermächtigung in den Haushaltsgesetzen erblickt, auf die er Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht anwenden will.) Solange die "Barriere des Bepackungsverbotes" (Mayer, VVDStRL 25, 434) nicht überwunden ist, handelt es sich bei dem Haushaltsgesetz um ein reines Innengesetz, das Laband in Konsequenz der von ihm vertretenen sog. Impermeabilitätslehre folgerichtig als Gesetz im lediglich formellen Sinn bezeichnet hat. Ein solches Gesetz vermag wohl im Innenverhältnis eine Ermächtigung abzugeben, das Außenverhältnis läßt es jedoch unberührt. Es kann daher auch nicht als gesetzliche Ermächtigung im Verhältnis zum Bürger ausgelegt werden. Wie hier Stern, VVDStRL 25, 419 Diskussionsbeitrag, der zuvor eine Umwandlung des Haushaltsgesetzes, "vielleicht sogar eine Änderung des Art. 110 GG" für erforderlich hält. Vgl. auch Rupp, NJW 66, 1097 ff; ders., Grundfragen, S.27; Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S.281 ff; Schick, JZ 67, 274; vgl. auch die Nachweise unten bei Fn. 34.

Damit ist natürlich nicht gesagt, daß in einem Innengesetz nicht auch Regelungen enthalten sein könnten, die Außenrechtssätze darstellen. Der Gesetzgeber ist keineswegs gehindert, Regelungen des Außenverhältnisses mit Regelungen des Innenverhältnisses zu einer gesetzgebungstechnischen Einheit zu verknüpfen. Auch in das Haushaltsgesetz können deshalb Außenrechtssätze durchaus aufgenommen werden. Festzuhalten bleibt nur, daß Regelungen, die wie die finanziellen Ansätze des Haushaltsgesetzes reine Innenregelungen darstellen, sich nicht in Außenrechtssätze oder - was dem gleichkommt - in Ermächtigungen zum Erlaß exekutiver Außenrechtssätze umfunktionieren lassen.

2. Notwendige institutionelle Vorbehalte des Gesetzes

Im nachfolgenden soll nunmehr der Frage nachgegangen werden, ob neben diesen positivierten institutionellen Vorbehalten des Gesetzes noch weitere aus der Verfassungsstruktur abzuleitende institutionelle Vorbehalte des Gesetzes bestehen, die die Zuständigkeitsregelungen erfassen. Dabei soll die Problematik der Zuständigkeitsverlagerung auf Träger mittelbarer Staatsverwaltung ebenso außerhalb der Betrachtung bleiben wie die der Zuständigkeitsverlagerung auf selbständige und nicht weisungsgebundene, aber mit Entscheidungsbefugnis ausgestattete Ausschüsse innerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung.²⁰⁾ Dort stellt sich die Frage nach der Geltung eines notwendigen institutionellen Vorbehaltes des Gesetzes noch unter besonderen Aspekten, die hier vernachlässigt werden sollen. Hier geht es allein um die Frage, ob die "normale" Zuständigkeitsverteilung, d.h. die Verteilung von Zuständigkeiten auf Verwaltungsorgane, die innerhalb des hierarchischen, weisungsgebundenen Verwaltungsaufbaus stehen, einem solchen Vorbehalt des Gesetzes unterliegen.

a. Ableitung aus der Demokratieentscheidung

Unter die von Böckenförde²¹⁾ selbst aufgezählten notwendigen institutionellen Vorbehalte des Gesetzes fällt die Zu-

20) Vgl. hierzu Hamann, NJW 56, 1 ff, 3; Spanner, DÖV 57, 640 ff, 643; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 96 f; Scheuner, Gedächtnisschrift für Hans Peters, S. 812, 815; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 266 ff, 270 f, 427 f mit eingehender Erörterung und zahlreichen Nachweisen; Steiner, JuS 69, 73 f; Selmer, JuS 68, 489; Forsthoff, Lehrbuch, S. 404 f, 409; Rasch, DVBl 70, 765; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 142 ff, 163 ff

21) Organisationsgewalt, S. 96 ff

ständigkeitsregelung der unmittelbaren Staatsverwaltung zwar nicht.²²⁾ Böckenförde leitet aber eines der beiden Grundprinzipien, aus denen er wiederum die von ihm aufgezählten notwendigen institutionellen Vorbehalte des Gesetzes ableitet, aus der "demokratischen Verfassungsstruktur", genauer: aus der "demokratischen Höherstufigkeit der Legislative" ab.²³⁾

Dieses Argument "demokratischen Präponderanz" ist bekanntlich auch für die Ableitung eines Vorbehaltes des Gesetzes im Bereich der Leistungsverwaltung (über-)strapaziert worden. So führt etwa Jesch²⁴⁾ aus: "Die Notwendigkeit parlamentarischer Ermächtigung folgt weiter aus der Stellung des Parlaments als höchstes Organ unter den Staatsorganen; hierin zeigt sich der Gegensatz des parlamentarischen zum monarchischen Prinzip des 19. Jahrhunderts. Diese Führungsrolle des Parlaments gilt auch für Verwaltungsleistungen, dem Parlament wächst damit zwangsweise aus der Verfassungsstruktur die Leitungs- und Lenkungs Aufgabe bei allen Formen staatlicher Leistungen und Begünstigungen zu. Leistun-

22) Auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 266 ff, 269 ff, 277, unterstellt die Zuständigkeitsregelungen nicht dem institutionellen Vorbehalt des Gesetzes

23) Böckenförde, a.a.O., S. 96, Fn. 27. Obwohl Böckenförde das bestreitet, scheint darin wohl doch ein gewisser Widerspruch zu seinen Ausführungen auf S. 80 zu liegen. Jedenfalls bedürfte es einer Begründung dafür, warum das Argument der demokratischen Präponderanz der Legislative wohl zur Ableitung "spezifischer Zuständigkeiten" der Legislative, nicht aber auch für eine "allgemeine Kompetenzerweiterung" taugt.

24) Gesetz und Verwaltung, S. 205, vgl. auch S. 171 ff; ähnlich Menger, Verwaltungsarchiv, 1961, S. 196; Mallmann, VVDStRL 19, 185 ff; dazu mit Recht kritisch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 196 f

gen und Begünstigungen dürfen von der Verwaltung daher nur noch auf Grund einer parlamentarischen Ermächtigung gewährt werden."

Wenn die höhere demokratische Legitimation der Legislative aber dort tauglich zur Ableitung eines über den Eingriffsvorbehalt hinausgehenden Vorbehaltes des Gesetzes sein soll, dann ist an sich nicht einzusehen, warum das gleiche nicht auch im Bereiche der Organisationsgewalt gelten soll. Folgt aus der (angeblich) höheren demokratischen Legitimation der gesetzgebenden Gewalt überhaupt ein Vorbehalt des Gesetzes, dann ist dies ein sog. Total-Vorbehalt, der ähnlich dem Art. 18 der österreichischen Verfassung jede Form der Exekutivtätigkeit und damit auch die der Zuständigkeitsregelung an die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung bindet.

Bei näherem Hinsehen erweist sich jedoch das demokratische Argument aus einem doppelten Grunde als untauglich für die Ableitung dieses oder eines anderer Vorbehaltes des Gesetzes. Einmal schon deswegen, weil die Prämisse dieser Ableitungsversuche nicht zutrifft, weil der Legislative die behauptete demokratische Präponderanz gar nicht zukommt. Zum anderen aber deswegen, weil, selbst wenn diese Präponderanz bestünde, daraus doch allenfalls ein Ermächtigungsvorbehalt, nicht aber auch ein Vorbehalt gerade und nur des Gesetzes zu folgern wäre.

aa. Wie inzwischen wohl gesicherte Erkenntnis der Wissenschaft sein dürfte, "hält der Gesetzgeber im demokratischen Verfassungsstaat nicht mehr das Monopol demokratischer Legitimation".²⁵⁾

25) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 79; vgl. auch Ossenhühl, Verwaltungsvorschriften, S. 201, 207; v. Münch, VVDStRL 19, 273; Peters, VVDStRL 19, 275; Achterberg, Funktionenlehre, S. 206; Friauf, Der Staat 1970, S. 227 m.w.Nachw.

Der Übergang zur demokratischen Verfassungsstruktur hat vielmehr dazu geführt, daß alle staatlichen Gewalten demokratisch legitimiert sind und damit dann auch die Exekutive.²⁶⁾²⁷⁾ So sagt es ja auch Art. 20 Abs. 2 GG: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus". Richtig mag allerdings sein, daß der Legislative ein höheres Maß an personeller demokratischer Legitimation zukommt.²⁸⁾ Die in der Tat nur mittelbare personelle demokratische Legitimation der Exekutive wird aber durch die der Exekutive von der verfassungsgebenden Gewalt zuerkannte institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation aufgewogen.²⁹⁾ Außerdem könnte aber auch die Behauptung einer Kompetenzerweiterung zugunsten der Legislative ohnehin nur auf eine höhere funktionelle demokratische Legitimation gestützt werden. Diese hängt jedoch von der Funktionenzuordnung durch die Verfassung ab, die sich, was die Legislative anbelangt, in den verschiedenen Vorbehalten des Gesetzes und im Zugriffsrecht der Legislative niederschlägt.³⁰⁾ Die Ableitung eines Vorbehaltes des Gesetzes aus der angeblich höheren demokratischen Legitimation der Legislative läuft deshalb auf nichts anderes als auf eine *petitio principii* hinaus; denn das Bestehen der allein entscheidenden funktionellen demokratischen Präponderanz setzt das Be-

26) Böckenförde, AÖR 95, 25 f, vgl. auch ders., Organisationsgewalt, S. 80, 82, Fn. 13 m. zahlr. w. N.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 93 ff; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 51

27) Bachof, VVDStRL 19, 269 (Diskussionsbeitrag), bemüht als Grundlage demokratischer Legitimation der Exekutive die Sozialstaatsklausel. Das genügt aber wohl nur der leistenden Exekutive, um die es dort freilich auch allein ging.

28) Zum Begriff der personellen, institutionellen und funktionellen demokratischen Legitimation vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 197 ff

29) So auch Ossenbühl, a.a.O., S. 199

30) Dies erkennt Baedeker, Organisationsgewalt, S. 52; wie hier Achterberg, Funktionenlehre, S. 68, 207

stehen des Vorbehaltes des Gesetzes gerade voraus. Wer aus der höheren demokratischen Legitimation einen (Total-)Vorbehalt des Gesetzes ableiten will, müßte deshalb zunächst einmal nachweisen, daß die Verfassungsordnung einen solchen Vorbehalt enthält, womit dann freilich das demokratische Argument überflüssig würde.

bb) Selbst wenn aber aus der höheren personellen demokratischen Legitimation der Legislative auf deren höhere funktionelle demokratische Legitimation geschlossen werden könnte, so wäre doch immer noch der von Jesch gezogene weitere Schluß auf die Existenz eines Totalvorbehaltes nicht zwingend. Die Exekutive könnte nämlich an der besonderen demokratischen Legitimation der Legislative auch anders als durch das Medium gerade und nur des Gesetzes partizipieren. Rupp³¹⁾ hält Jesch durchaus zu Recht entgegen, daß er den Vorbehalt parlamentarischer Ermächtigung zu Unrecht mit dem Vorbehalt des Gesetzes gleichsetze. Auch vermittels etwa des sog. "schlichten Parlamentsbeschlusses"³²⁾ wäre ein Partizipieren der Exekutive an der angeblich besonderen demokratischen Legitimation der Legislative durchaus möglich.

cc) Selbst wenn aber eine Ermächtigung in Gesetzesform erforderlich sein sollte, wäre weiter doch immer noch nicht gesagt, daß es sich um ein Außengesetz handeln müßte. Vielmehr würde auch ein Innengesetz genügen, weil aus der Sicht der Notwendigkeit demokratischer Legitimation zwischen Innen- und Außengesetz kein Unterschied besteht.³³⁾

31) Rupp, Grundfragen, S. 132 ff, 145 f; kritisch auch Ossenbühl, a.a.O., S. 214, Fn.136; vgl. auch Rübner, Formen der öffentlichen Verwaltung, S.225; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 52

32) Vgl. dazu Herzog, VVDStRL 24, 185 f; Sellmann, Der schlichte Parlamentsbeschluß, 1966; F. Klein, JuS 64, 181 ff

33) So auch Achterberg, Funktionenlehre, S.174; vgl. auch Mallmann, VVDStRL 19, 269

Für die aus dem demokratischen Gedanken abgeleiteten Vorbehalte des Gesetzes vermag deshalb unter Umständen auch das Haushaltsgesetz eine taugliche Ermächtigungsgrundlage zu sein³⁴⁾, wenn es an dem Rechtsvakuum im Außenverhältnis auch nichts zu ändern vermag.³⁵⁾ Weiter wäre es mit einem solchen Vorbehalt des Gesetzes auch durchaus zu vereinbaren, daß der Gesetzgeber die Exekutive zur Regelung in der Form von Verwaltungsvorschriften ermächtigt. Art. 80 GG käme nicht notwendig zur Anwendung, weil diese Vorschrift nur Rechtserzeugungsregeln des Außenverhältnisses enthält.

Das demokratische Argument ist somit nicht für die Ableitung eines Vorbehaltes des Außengesetzes für die Zuständigkeitsregelungen geeignet, und das gilt auch für die bei Ossenbühl auftauchende Variation dieses Argumentes. Ossenbühl verwendet das demokratische Argument nicht für die Ablei-

34) Vgl. dazu Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 218 Fn. 159 m. zahlr. Nachw.; Achterberg, Funktionenlehre, S. 64 Fn. 271; Ipsen, VVDStRL 25, 291 ff; vgl. auch die Nachw. oben bei Fn. 19

35) Aus diesem Grunde dürfte es freilich rechtsstaatlichen Anforderungen auch kaum genügen, etwa die Subventionsverwaltung allein auf die in den Haushaltsgesetzen enthaltenen "Ermächtigungen" abzustützen. Wenn schon der Vorbehalt des Gesetzes auch auf die Leistungsverwaltung erstreckt wird, dann ist auch nicht nur eine formell-gesetzliche Ermächtigung erforderlich, sondern die Ermächtigung muß obendrein auch Gesetz im materiellen Sinn, d.h. Außengesetz sein. Dies war jedenfalls für den klassischen Vorbehalt des Gesetzes seit je unstrittig; vgl. Achterberg, Funktionenlehre, S. 173 ff; Franz Mayer, Festschrift für Nottarp, S. 195. Das Haushaltsgesetz vermag als Innengesetz für die finanzielle Seite der Staatstätigkeit (nur für diese!) eine demokratische Legitimation abzugeben. Einen Legitimitätsersatz schafft es jedoch nicht. Man kann wegen des Haushaltsgesetzes auf eine Ermächtigung im Außenverhältnis verzichten, nicht aber auf einer solchen Ermächtigung bestehen und sie im Haushaltsgesetz suchen. Das geht aus doppeltem Grunde nicht. Einmal deswegen nicht, weil das Haushaltsgesetz nur zu finanziellen Ausgaben ermächtigt und somit nur die finanzielle Seite der Staatstätigkeit legalisiert. Zum anderen aber auch des-

tung eines neuen Vorbehaltes des Gesetzes, sondern für die Erweiterung des Eingriffsvorbehaltes. Er verweist auf die demokratische Komponente des Eingriffsvorbehaltes und folgert daraus, daß es "allein dem Parlament obliege, die politisch bedeutsamen Entscheidungen, auch organisatorischer Art, zu treffen".³⁶⁾ Mit Köttgen³⁷⁾ meint er, daß "vollgewichtige Institutionen durch den Gesetzgeber verfaßt werden" müßten. Abgesehen davon aber, daß das Kriterium des "politisch Bedeutsamen" und das der "Vollgewichtigkeit" kaum geeignet sein dürfte, eine einigermaßen nachvollziehbare und konturscharfe Unterscheidung zwischen den von diesem Vorbehalt des Gesetzes erfaßten und den von ihm nicht erfaßten Organisationsakten zu treffen, versagt Ossenbühls Argumentation auch aus den gleichen - eben erörterten - Gründen, aus denen das demokratische Argument sich als untauglich für die Ableitung eines Vorbehaltes des Gesetzes erwiesen hat. Darüber hinaus sind dieser Argumentation auch die Argumente entgegenzuhalten, mit denen oben³⁸⁾ einer Erweiterung des Eingriffsvorbehaltes widersprochen worden ist. Der Eingriffsvorbehalt läßt sich nicht von seinem Tatbestand trennen. Dieser besagt jedoch, daß nur die materielle Komponente der Eingriffe in Freiheit oder Eigentum, nicht aber auch deren organisatorische der Regelung durch oder auf Grund eines formellen Gesetzes bedarf. Richtig ist sicherlich, daß der Eingriffsvorbehalt neben der rechtsstaatlichen auch eine demokratische Komponente enthält. Sie liegt darin, daß es für die Vornahme von Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Mitwirkung der Repräsentation des Volkes, des Parlamentes, bedarf. Diese demokratische Komponente läßt sich jedoch

wegen nicht, weil das Haushaltsgesetz als Innengesetz die Beziehung zum Bürger ungeregelt läßt.

36) Verwaltungsvorschriften, S. 296 f

37) VVDStRL 16, 188

38) Vgl. die Ausführungen bei IV

nicht dahin umfunktionieren, daß der Tatbestand des Eingriffsvorbehaltes über die ihm von der Historie mitgegebenen Grenzen hinaus erstreckt und die Notwendigkeit der Mitwirkung des Parlaments auch auf andere Exekutivakte ausgedehnt wird.

b. Ableitung aus dem Gewaltentrennungsprinzip

Auch aus dem Gewaltentrennungsprinzip hat man versucht, einen die Zuständigkeitsregelungen erfassenden Vorbehalt des Gesetzes abzuleiten. Das gilt insbesondere für Giacometti³⁹⁾, nach dessen Auffassung der Grundsatz der Gewaltenteilung nicht nur - was unstreitig ist - eine "Verteilung der drei staatlichen Funktionen auf drei Gewaltenträger" bewirkt, sondern darüber hinaus auch die zweite und dritte Gewalt - unter Ausschluß jeder gesetzesfreien Verwaltung - auf den bloßen Gesetzesvollzug festlegt. "Verwaltung und Rechtsprechung sind nach der ratio des Gewaltentrennungsprinzips im Verhältnis zum Gesetz als dem Produkt der Gesetzgebung Gesetzesvollziehung, und Exekutive und Justiz stellen infolgedessen Gesetzesvollziehungsorgane dar".⁴⁰⁾ Das heißt aber, daß der Grundsatz der Gewaltenteilung nicht nur den Vorrang des Gesetzes beinhaltet⁴¹⁾, sondern auch den Vorbehalt des Gesetzes, und zwar im Sinne eines Totalvorbehaltes⁴²⁾, der die gesamte hoheitliche Verwaltungstätigkeit - und damit auch die Zuständigkeitsregelung - an das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Ermächtigung bindet. "Das Gesetz ist im gewaltentrennenden

39) Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes, § 2, S. 9 ff., 15 ff., § 17 S. 242 ff

40) Giacometti, a.a.O., S. 15, vgl. auch S. 18, 226 f

41) vgl. Giacometti, a.a.O., S. 15

42) Giacometti, a.a.O., S. 227, 251. Auf S. 232, Fn. 24 bezeichnet er Art. 18 der österreichischen Verfassung als einen "rechtsstaatlich vorbildlichen" Ausdruck dieses Prinzips. Das gleiche leitet er aber auch aus Art. 20 III GG ab, vgl. S. 251, Fn. 31

Staat Schranke und positive Bedingung⁴³⁾ jeglicher Verwaltung"⁴⁴⁾.

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der sich somit aus dem Gewaltenteilungsprinzip ergibt⁴⁵⁾, beinhaltet nach der Auffassung Giacomettis einmal das "Prinzip der materiellen Gesetzmäßigkeit" und sodann das der "formellen Gesetzmäßigkeit"⁴⁶⁾.

Das Prinzip der materiellen Gesetzmäßigkeit besagt, daß eine Behörde eine "Verwaltungstätigkeit allein dann auszuüben befugt ist, wenn das Gesetz sie zuläßt"⁴⁷⁾. Es bezieht sich auf die materielle Seite, d.h. auf die Frage des "Ob und Wie"⁴⁸⁾ der Staatstätigkeit und verlangt "Verhaltensnormen" als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer hoheitlichen Verwaltungstätigkeit. "Das Wesen des Grundsatzes der materiellen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besteht somit im Erfordernis der Bestimmung des Inhaltes der Verwaltung durch Gesetz bzw. Verordnung und autonome Satzung"⁴⁷⁾.

Das Prinzip der formellen Gesetzmäßigkeit dagegen bezieht sich "auf die Subjekte der Verwaltung"⁴⁸⁾, d.h. auf das Organisationsrecht und damit auch auf die Zuständigkeitsregelungen⁴⁹⁾. Auch die von ihm ausgehende Bindungswirkung erschöpft sich nicht in der Bindungswirkung des Vorranges des

43) Hervorhebung vom Verfasser

44) Giacometti, a.a.O., S. 251; vgl. auch S. 247 und 227: jede Verwaltungstätigkeit muß durch das Gesetz determiniert sein. Ebenso Franz Mayer, Festschrift für Nottarp, S. 193

45) Giacometti, a.a.O., S. 228 f; ebenso Imboden, Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 8, 20; Franz Mayer, Festschrift für Nottarp, S. 193; ders. in: Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 26, 28

46) Giacometti, a.a.O., 18, 242 ff

47) ders., a.a.O., S. 245

48) ders., a.a.O., S. 246

49) ders., a.a.O., S. 243 f

Gesetzes, sondern erstreckt sich auch auf die des Vorbehaltes des Gesetzes. Die formell-gesetzliche Zuständigkeitsregelung ist Voraussetzung der Zulässigkeit einer Staatstätigkeit. "Die einzelnen Organe des Verwaltungs- und Justizapparates (dürfen) nur diejenigen Aufgaben wahrnehmen, die das Gesetz ihnen überträgt. Der Tätigkeitsbereich der einzelnen Verwaltungsbehörden und Gerichte wird mit anderen Worten durch Gesetze materiell bestimmt, also durch diese zu Kompetenzen der genannten Organe zusammengefaßt. Verwaltungs- und richterliche Behörden können also lediglich soweit tätig werden, als sie hierzu die gesetzliche Zuständigkeit besitzen".⁵⁰⁾

Auch dieser Ableitungsversuch aus dem Gewaltenteilungsprinzip hält jedoch einer Nachprüfung nicht stand. Dem Gewaltenteilungsprinzip läßt sich eine Bindungswirkung im Sinne eines auf konkret-individuelle Staatsakte bezogenen Vorbehaltes des Gesetzes weder logisch noch nach seinem historischen Entstehen entnehmen.

Richtig ist zwar, daß sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip der Vorrang des Gesetzes mit Notwendigkeit ergibt.⁵¹⁾ Die Absonderung einer R e g e l u n g s gewalt von den übrigen Staatsfunktionen kann nur dann einen Sinn haben, wenn die anderen Staatsfunktionen an die Regelungen der ersten Gewalt auch gebunden sind; d.h. wenn sie sich nicht darüber hinwegsetzen dürfen. Aus diesem Grunde dürfte es auch über das Ziel hinausschießen, wenn Achterberg⁵²⁾ meint, daß sich aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung eine Bindungswirkung schon allein deshalb nicht ableiten lasse, weil Trennung schon begrifflich keine Bindung sei. Dieses Argument er-

50) Giacometti, a.a.O., S. 18

51) vgl. auch Giacometti, S. 16 f; Peters, Festschrift für Huber, S. 209

52) Funktionenlehre, S. 207

scheint in der Tat recht formal. Eine solche Trennung der Staatsfunktionen, die der einen Gewalt allein die Befugnis zur abstrakt-generellen Regelung zuweist, kann nur dann einen Sinn haben, wenn die Regelungen für die anderen Gewalten auch Bindungswirkungen zu erzeugen vermögen. Wie sonst sollte anderenfalls der mit der Gewaltenteilung bezweckte Effekt der Mäßigung, Bändigung und Kontrolle der einen Staatsgewalt durch die andere erzielt werden können. Unzutreffend ist es jedoch, wenn man meint, dem Grundsatz der Gewaltenteilung auch eine Bindungswirkung im Sinne des Vorbehaltes des Gesetzes entnehmen zu können. In bezug darauf bedeutet Trennung in der Tat zunächst einmal nur Trennung und nicht zugleich auch Bindung. Logisch ließe sich der Grundsatz der Gewaltentrennung sehr wohl auch dann aufrechterhalten, wenn es einen auf konkret-individuelle Staatsakte bezogenen Vorbehalt des Gesetzes überhaupt nicht gäbe, wenn also die Exekutive wohl (wegen des Vorranges des Gesetzes) an die bestehenden Gesetze gebunden wäre, wenn sie darüber hinaus aber frei wäre, konkret-individuelle Exekutivakte nach Gutdünken zu erlassen. Anders als beim Vorrang des Gesetzes besteht zwischen Gewaltenteilungsprinzip und Vorbehalt des Gesetzes für konkret-individuelle Staatsakte keine logische, notwendige Verknüpfung.⁵³⁾

Aber auch seinem historischen Entstehen nach war der Grundsatz der Gewaltenteilung im deutschen Staatsrecht niemals mit einem Totalvorbehalt des Gesetzes verknüpft.⁵⁴⁾

-
- 53) Allenfalls für abstrakt-generelle Regelungen, d.h. für Rechtssätze, läßt sich ein Vorbehalt des Gesetzes auch aus dem Gewaltenteilungsprinzip entnehmen, wobei es jedoch auch dabei entscheidend darauf ankommt, welche Ausprägung der Grundsatz der Gewaltentrennung im konkreten Verfassungsrecht erfahren hat. Nicht alle abstrakt-generellen Regelungen bedürfen notwendig der Gesetzesermächtigung, vgl. dazu die Ausführungen unten bei VII 1
- 54) Darauf weisen auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.198 ff; Rupp, Grundfragen, S.130; Peters, Festschrift für Huber, S.213; Achterberg, Funktionenlehre, S. 63, hin.

Die Gewaltenteilung hat in Deutschland eine andere Ausprägung erfahren als in Österreich.⁵⁵⁾ Sie war und ist dadurch gekennzeichnet, daß der Legislative zum einen ein Monopol des originären Rechtsetzungsrechtes im Verhältnis zum Bürger (Außenverhältnis) zukommt⁵⁶⁾ und daß zum anderen im Bereiche bestimmter ausgewählter Materien - insbesondere der Eingriffsverwaltung - Akte der Exekutive an das Erfordernis einer vorherigen gesetzlichen Ermächtigung gebunden sind. Diese Spezial-Vorbehalte des Gesetzes haben jedoch immer nur einen Teil des Gesamtbereiches der Exekutivakte erfaßt. Der Versuch, einen Totalvorbehalt des Gesetzes aus dem Gewaltentrennungsprinzip abzuleiten, läuft deshalb in der Tat auf nichts anderes als auf eine *petitio principii* hinaus.⁵⁷⁾ Nicht der Gewaltenteilungsgrundsatz formt den Umfang des Vorbehaltes des Gesetzes, sondern genau umgekehrt: der oder genauer die Vorbehalte des Gesetzes bestimmen das Aussehen der von der Verfassung gewollten Gewaltenteilung.⁵⁸⁾

-
- 55) Die österreichische Rechtsentwicklung ist bekanntlich - insbesondere in bezug auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung - entscheidend von der Merkelsenschen Stufenlehre geprägt worden (vgl. Art. 18 der Österreichischen Verfassung). Legt man jedoch diese zugrunde, dann mag sich in der Tat ein Totalvorbehalt des Gesetzes aus dem Gewaltenteilungsprinzip ergeben; denn wenn einerseits wegen der Stufenlehre ein jeder Staatsakt der rechtssatzmäßigen Ermächtigung bedarf, andererseits das Rechtsetzungsrecht aber wegen der Gewaltenteilung als bei der Legislative monopolisiert angesehen wird, ist kein Staatsakt mehr denkbar, der nicht auf Grund gesetzlicher Ermächtigung ergeht. Vgl. dazu auch Imboden, Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 41, sowie kritisch Peters, Festschrift für Huber, S. 206, Fn. 4; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 197, Fn. 98; Rupp, Grundfragen, S. 128 f.
- 56) Vgl. dazu die Ausführungen unten bei VII 1 zum "Rechtssatzvorbehalt"
- 57) So auch Peters, Festschrift für Huber, S. 207
- 58) So auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 190; Achterberg, Funktionenlehre, S. 68, 207

Solange nicht der Nachweis gelingt, daß das Prinzip der Gewaltentrennung so, wie es vom Grundgesetz gewollt ist, entgegen aller deutschen Rechtstradition nunmehr auch einen Totalvorbehalt des Gesetzes enthalten soll, wird man wohl auch weiterhin davon ausgehen müssen, daß das Grundgesetz an diese Rechtstradition anknüpfen und mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung Vorbehalte des Gesetzes lediglich in dem bisherigen Umfange verknüpft wissen wollte. Wenn die Väter des Grundgesetzes einen Bruch mit diesem überlieferten Verständnis der Gewaltenteilung gewollt hätten, dann hätten sie das sicher mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht. In Art. 20 Abs. 2 und 3 ist das jedoch ganz gewiß nicht geschehen.⁵⁹⁾

Diese an das historische Entstehen anknüpfende Ausdeutung des Gewaltentrennungsprinzipes läßt sich auch nicht im Wege teleologischer Interpretation überspielen. Richtig ist zwar, daß der hinter dem Gewaltentrennungsprinzip stehende Zweck der Freiheitssicherung durch Gewaltenteilung und Gewaltenkontrolle auch in solchen Bereichen Beachtung erheischt, die nicht einem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen wie der der Leistungsverwaltung und der der Verwaltungsorganisation. Auch dort wird gewiß Macht ausgeübt, deren Bändigung im Interesse der Freiheitssicherung notwendig ist. Richtig ist es weiter auch, daß die Exekutive dort, wo sie einerseits für ein Tätigwerden nicht der gesetzlichen Ermächtigung bedarf und andererseits auch nicht durch bestehende Gesetze beschränkt wird, faktisch⁶⁰⁾ zugleich

59) Vgl. auch Peters, Festschrift für Huber, S. 214

60) nur faktisch, nicht auch rechtlich, fällt die Regelungs- und Ausführungsgewalt deshalb zusammen, weil die Exekutive wegen des unten noch zu erörternden Rechtssatzvorbehaltes (vgl. VII 1) daran gehindert ist, die Beziehungen zum Bürger originär durch Rechtssatz zu regeln. Das ändert aber nichts daran, daß die Exekutive in den im Text genannten Fällen faktisch eben doch auch die Regelungsgewalt hat, wenn die von ihr geschaffenen abstrakt-generellen Regelungen Rechtswirkungen auch nur im Innenverhältnis auszulösen vermögen.

Regelungs- und Ausführungsgewalt, zugleich erste und zweite Gewalt ist, so daß der vom Gewaltenteilungsgrundsatz gewollte Bändigungeffekt hier nicht zum Tragen kommt.⁶¹⁾

Daraus läßt sich jedoch nicht der Schluß ziehen, daß es um des Zweckes der Gewaltenteilung willen eines neuen, erweiterten Vorbehaltes des Gesetzes bedarf, der nunmehr auch die bisher nicht erfaßten Bereiche der Verwaltungstätigkeit abdeckt und auch bei ihnen ein Partizipieren der ersten Gewalt an der Ausübung staatlicher Macht erzwingt; denn dieser Schluß ist keineswegs folgerichtig. Ein Partizipieren des Gesetzgebers an der Ausübung dieser Macht ist nämlich wegen des dem Gesetzgeber überall zustehenden und mit dem Vorrang des Gesetzes verkoppelten Zugriffsrechtes⁶²⁾ auch ohne eine Erweiterung des Vorbehaltes des Gesetzes möglich. Der vom Gewaltenteilungsprinzip gewollte Schutzeffekt läßt sich somit durchaus auch ohne Ausdehnung des Vorbehaltes des Gesetzes auf die Bereiche der Leistungsverwaltung und der Verwaltungsorganisation erstrecken.

Zuzugeben ist allerdings, daß zwischen einem Vorbehalt des Gesetzes und dem Zugriffsrecht des Gesetzgebers gewisse Unterschiede bestehen. Diese liegen darin, daß der Vorbehalt des Gesetzes das Partizipieren des Gesetzgebers an der Ausübung staatlicher Macht zur obligatorischen Voraussetzung der Zulässigkeit einer Staatstätigkeit macht, während das Zugriffsrecht sich insoweit mit der Möglichkeit eines solchen Partizipierens begnügt und die Entscheidung darüber dem Gesetzgeber überläßt. Dies kann aber wohl in bezug auf

61) Vgl. auch Höhn, Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht, S. 22, der darauf hinweist, daß die Verwaltung dort, wo gesetzliche Rechtsmaßstäbe fehlen, unweigerlich auf den Weg einer eigenen Rechtsetzung geführt werde; zustimmend Rupp, Grundfragen, S. 130

62) Vgl. dazu oben I

den hinter dem Gewaltenteilungsprinzip stehenden Zweck keinen Unterschied machen. Diesem dürfte vielmehr schon dann entsprochen sein, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, den mit der Gewaltenteilung verbundenen Schutzeffekt eintreten zu lassen.

Selbst wenn das aber nicht der Fall sein sollte, wenn also der Zweck des Gewaltenteilungsprinzips sich nicht mit der bloßen Möglichkeit des Eintrittes des Bändigungeffektes begnügen, sondern dessen tatsächlichen Eintritt verlangen sollte, ließe sich daraus doch allenfalls auf eine Verwandlung des Zugriffsrechtes in eine Zugriffspflicht - ähnlich dem Vorgang der sog. Ermessenssschrumpfung - schließen, nicht aber auch auf einen Vorbehalt des Gesetzes.⁶³⁾

c. Ableitung aus Art. 19 IV GG

Schließlich läßt sich auch aus Art. 19 IV GG ein die Zuständigkeitsregelungen erfassender Vorbehalt des Gesetzes nicht ableiten;⁶⁴⁾ denn Art. 19 IV GG begründet lediglich ein formelles, prozessuales Grundrecht⁶⁵⁾, das über das Aussehen des materiellen Rechtes keinerlei Aussage enthält. Art. 19 IV GG gewährt nicht selbständige materielle Rechte, sondern setzt die zu schützenden Rechte voraus;⁶⁶⁾ Art. 19 IV GG ist im Sinne Forsthoffs nicht "Funktionsnorm" son-

63) Vgl. dazu die Ausführungen unten bei VIII

64) dies tut jedoch Achterberg, Funktionenlehre, S. 207 f, für die Leistungsverwaltung

65) Vgl. für viele Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 Abs. 4 RdNr. 4,9

66) So auch das BVerfG E 15, 281. Zuzugeben ist Achterberg, a.a.O., S. 207, jedoch, daß sich damit die vom BVerfG in E 8, 326 und 13, 161 vertretene These nur schwer vereinbaren läßt, daß sich der Bestimmtheitsgrundsatz (auch) aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebe. Wäre das richtig, dann würde Art. 19 Abs. 4 GG in der Tat auch Aussagen über das Aussehen des materiellen Rechtes enthalten.

dern "Kontrollnorm".⁶⁷⁾ Die Frage nach dem Geltungsbereich des Vorbehaltes des Gesetzes ist jedoch eine solche des materiellen Rechtes.

Zuzugeben ist sicherlich, daß der von Art. 19 IV GG gewollte umfassende Rechtsschutz Maßstäbe voraussetzt, "an denen die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns gemessen werden kann"⁶⁸⁾, und daß Art. 19 IV GG ohne das Bestehen dieser notwendigen Maßstäbe eine "leerlaufende Verfassungsbestimmung" bliebe.⁶⁹⁾ Nur liegt es entgegen Achterberg⁶⁸⁾ nicht in der Kraft des Art. 19 IV GG, die Maßstäbe zu erzwingen und sein eigenes Leerlaufen zu verhindern. Dies ist vielmehr eine Aufgabe des materiellen Rechtes, und zwar - darin ist Achterberg wiederum zuzustimmen⁶⁸⁾ - eine solche des Rechtsstaatsprinzipes, wenn auch nicht gerade unter dem Aspekt, der in Art. 19 IV eine Spezialregelung erfahren hat.⁷⁰⁾

67) Forsthoff, Über Maßnahme - Gesetze, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 94

68) Achterberg, Funktionenlehre, S. 207

69) ders., a.a.O., S. 208

70) Nähere Ausführungen hierzu unten bei VIII

VII. Zuständigkeitsregelungen und allgemeiner Außenrechtssatzvorbehalt des Gesetzes

Vielfach wird die Notwendigkeit eines Gesetzes oder doch zumindest einer gesetzlichen Ermächtigung für die Regelungen der Zuständigkeiten aus deren Außenwirkung gefolgert.¹⁾

Die Argumentationskette ist dabei folgende:

Verordnungen, die Zuständigkeiten regeln, haben Außenwirkung, Außenwirkungen können nur Außenrechtssätze haben. Also sind die Zuständigkeitsverordnungen Außenrechtssätze. Außenrechtssätze bedürfen aber, wenn sie von der Exekutive geschaffen werden, der gesetzlichen Ermächtigung. Also stehen die Zuständigkeitsverordnungen unter dem Vorbehalt des Gesetzes.

Gesprengt wird diese Argumentationskette beim zweiten Glied. Es trifft nicht zu, daß nur von Außenrechtssätzen Außenwirkungen ausgehen.

Richtig ist natürlich, daß rechtssatzmäßige, d.h. berechtigende oder verpflichtende Außenwirkungen nur von Außenrechtssätzen ausgehen können. Ohne Außenrechtssatz gibt es auch keine Außen-Rechtswirkungen. Der Schluß von der rechtlichen Außenwirkung auf die Außenrechtssatzeigenschaft ist deshalb zutreffend und zwingend. Entgegen Ossenbühl²⁾ ist es durch-

1) Man wird diese seit Lutz Richter immer häufiger anzutreffende Art der Deduktion eines Vorbehaltes des Gesetzes für die Zuständigkeitsregelungen möglicherweise sogar bereits als h.L. bezeichnen müssen. Vgl. Lutz Richter, Organisationsgewalt, 1926, S. 1 ff; Jesch, AÖR 84, 84, bezeichnet das ausdrücklich als h.L.; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 71 IV b 2 a E, S. 11; § 72 IV a 1, S. 22 f; § 78 II c 1, S. 126; Groß, DÖV 1963, 52; ders., NJW 1969, 2186 f; Rasch, DÖV 1957, 337; ders., Verwaltungsorganisation, S. 133; Kalkbrenner, DVBl 1964, 853, 856; Brunner, DÖV 1969, 776; ausführlich dazu Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 502 f m.w.N. in Fn. 94. Auch der Hess. StGH, DÖV 1970, 133, folgert in dem Ausgangsfall die Notwendigkeit einer Rechtsverordnung für die Zuständigkeitsregelung aus deren Außenwirkung.

2) Verwaltungsvorschriften, S. 264, vgl. auch S. 172, 179 f, 502 ff

aus möglich, "von der Wirksamkeit einer Zuständigkeitsregelung nach außen auf deren Rechtssatzcharakter" (gemeint ist Außenrechtssatzcharakter) zu schließen. Da rechtssatzmäßige Außenwirkung und Außenrechtssatznatur einander bedingen, kann sehr wohl von dem einen auf das andere und von dem anderen auf das eine geschlossen werden. Die Argumentation ist in beiden Richtungen möglich. So unhaltbar, wie Ossenbühl³⁾ meint, ist Lutz Richters Argumentation keineswegs. Voraussetzung ist nur, daß man rechtssatzmäßige Außenwirkung und faktische Außenwirkung nicht, wie das bei der h.L. geschieht⁴⁾, miteinander vermengt. Lutz Richter irrt darin, daß er faktische Außenwirkung mit rechtlicher Außenwirkung gleichsetzt und daß er aus der so verkannten Außenwirkung die Außenrechtssatznatur der Zuständigkeitsregelung folgert und daraus dann wieder wegen des Fehlens eines "selbständigen Ordnungsrechts der Exekutive" im Außenverhältnis⁵⁾ die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung. Tatsächlich sind die von den Zuständigkeitsregelungen ausgehenden und auf das "Aussehen" und den "Charakter"⁶⁾ der materiellen Rechte und Pflichten des Staates oder der Bürger zielenden Wirkungen jedoch dann, wenn die Zuständigkeitsregelung nicht in einen Außenrechtssatz gekleidet ist, lediglich rein faktischer, nicht aber auch rechtlicher Natur. Nicht jede Wirkung, die das Aussehen oder den Charakter eines Rechts modifiziert oder verändert, muß notwendig eine rechtliche, rechtssatzmäßige sein. Das ist es, was Lutz Richter und mit ihm die h.L. verkennt. Aus der (faktischen) Außenwirkung der Zuständigkeitsregelungen folgt deshalb auch

3) Verwaltungsvorschriften, S. 507

4) Vgl. Fn. 1, sowie Baedeker, Organisationsgewalt, S.105 ff, 108, 116, der darauf abstellt, daß der Staat zum Bürger "unmittelbar in Beziehung tritt"

5) Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 14

6) Darauf stellt Lutz Richter ab, a.a.O., S. 12 f

nicht, daß die Zuständigkeitsregelungen Außenrechtssätze sind, sondern aus dieser Außenwirkung folgt (nur) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, daß sie Außenrechtssätze sein sollen, daß sie auch im Außenverhältnis zu verrechtlichen sind.

Darauf soll später zurückgekommen werden.⁷⁾ Zunächst sollen die weiteren Glieder der oben dargestellten Argumentationskette der h.L. auf ihre Haltbarkeit untersucht werden. Insbesondere bedarf die dort zugrunde gelegte, jedoch zumindest in neuerer Zeit keineswegs mehr unbestrittene These der Untersuchung, daß der Exekutive ein originäres Rechtsetzungsgesetz im Außenverhältnis nicht zukomme, sondern daß exekutive Außenrechtssätze unter einem Vorbehalt des Gesetzes stünden und folglich nur vom Gesetzgeber selbst oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung geschaffen werden könnten. Rupp⁸⁾ noch im Jahre 1965 getroffene Feststellung, daß "unter der Herrschaft des Grundgesetzes kein ernsthafter Versuch gemacht worden (sei), ein dem monarchischen Verordnungsrecht vergleichbares selbständiges Verordnungsrecht der Verwaltung zu begründen", ist inzwischen leider überholt. Solche Versuche sind inzwischen so zahlreich gemacht worden, daß wohl bereits von einer modischen Erscheinung gesprochen werden kann. Gleichwohl kann einem jüngeren Rupp-Wort⁹⁾, das diese Versuche in den Bereich der "Staatsmetaphysik" verweist, die Zustimmung nicht versagt werden; denn aus der Verfassung läßt sich ein solches "selbständiges Verordnungsrecht" für das Außenverhältnis in der Tat nicht ableiten. Vielmehr stehen - auch darin ist Rupp zuzustimmen - alle von der Exekutive geschaffenen "Gesetze im materiellen Sinn" unter einem Vorbehalt des Gesetzes, der hier als der allgemeine Außenrechtssatzvorbehalt bezeichnet und im nach-

7) Vgl. dazu die Ausführungen unten unter VII 2

8) Grundfragen, S. 116

9) NJW 1970, 412 f

folgenden untersucht werden soll.¹⁰⁾

1. Allgemeiner Außenrechtssatzvorbehalt

Wer sich Klarheit über den Inhalt und den Geltungsbereich des Außen-Rechtssatzvorbehaltes verschaffen will, muß diesen zunächst und vor allem von dem Eingriffsvorbehalt des Gesetzes abgrenzen, von dem er zumeist nicht genügend unterschieden wird.

a. Inhalt des Außen-Rechtssatzvorbehaltes

Gemeinsam ist dem Rechtssatzvorbehalt und dem Eingriffsvorbehalt die Rechtsfolge. Es bedarf bei beiden der formell-gesetzlichen Ermächtigung.¹¹⁾ Insofern bestehen keine Unterschiede. Im Tatbestand unterscheidet sich der Rechtssatzvorbehalt von dem Eingriffsvorbehalt aber insgesamt in dreierlei Beziehungen:

Weiter als der Eingriffsvorbehalt ist der Rechtssatzvorbehalt insofern, als er anders als dieser nicht nur einen Teil des Außenverhältnisses (die Eingriffsverwaltung), sondern das Außenverhältnis in seiner Gesamtheit erfaßt, also auch die Leistungsverwaltung und die organisationsrechtlichen Beziehungen zwischen Bürger und Staat.¹²⁾

10) Den Ausdruck "Rechtssatzvorbehalt" gebraucht in diesem Zusammenhang auch Thoma, Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 180, 186

11) So auch Selmer, JuS 68, 494 links; Mayer, VVDStRL 25, 433 f, Diskussionsbeitrag

12) Ebenso Rupp, Grundfragen, S. 115

Enger ist der Rechtssatzvorbehalt gegenüber dem Eingriffsvorbehalt zum einen insofern, als er nur die abstrakt-generellen Regelungen, nicht auch die konkret-individuellen, d.h. die Einzelakte der Exekutive, erfäßt.¹³⁾ Der Eingriffsvorbehalt bindet alle "Eingriffe in Freiheit oder Eigentum" an die Notwendigkeit einer formell-gesetzlichen Ermächtigung.

Er verhindert also sowohl, daß die Exekutive ohne formell-gesetzliche Ermächtigung in abstrakt-genereller Form solche Eingriffe vornimmt, als auch, daß sie das in konkret-individueller Form tut.¹⁴⁾ Der Rechtssatzvorbehalt dagegen erfäßt allein die abstrakt-generellen Regelungen. Er verhindert, daß die Exekutive Rechtssätze im Außenverhältnis ohne formell-gesetzliche Ermächtigung erläßt, er verhindert aber nicht, daß sie konkret-individuell tätig wird, d.h. Einzelakte ohne gesetzliche Ermächtigung erläßt.¹⁵⁾ Dies tut nur

-
- 13) So auch Selmer, JuS 68, 494 links; anders aber etwa Baedeker, Organisationsgewalt, S. 102 f, wie überhaupt die Vertreter der Lehre vom sog. "erweiterten" Vorbehalt des Gesetzes.
- 14) Anders Thoma, Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 180, 218, der das "Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verfügung", d.h. das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für konkret-individuelle Eingriffsakte, nicht als einen Ausfluß des von ihm nur als Rechtssatzvorbehalt verstandenen Vorbehaltes des Gesetzes ansieht, sondern vielmehr als Ausfluß der Grundrechte. Es kann dahinstehen, ob diese Deutung des auch nach der Auffassung Thomas (a.a. O., S.213 f) kraft Gewohnheitsrechtes geltenden Vorbehaltes des Gesetzes dem im Jahre 1916 gültigen Rechtszustand entsprach. Thoma selbst weist darauf hin, daß "die meisten Autoren" schon damals die Auffassung vertraten, daß der Vorbehalt des Gesetzes auch die konkret-individuellen "Eingriffe in Freiheit oder Eigentum" an das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung binde. Heute dürfte der (Eingriffs-)Vorbehalt des Gesetzes jedoch kaum noch so ausgelegt werden können. Vielmehr dürfte die Auffassung der schon damals "meisten Autoren" inzwischen gewohnheitsrechtlichen Rang erlangt haben; denn - soweit ersichtlich - wird heute von niemandem mehr bestritten, daß der Eingriffsvorbehalt auch den konkret-individuellen Eingriffsakt erfäßt.
- 15) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 2.Aufl., 1914,

der Eingriffsvorbehalt, der jedoch wiederum nur für die Eingriffsverwaltung gilt. Im Bereich der Leistungsverwaltung und des Organisationsrechtes fallen somit die Fähigkeit der Exekutive, Einzelakte zu erlassen, und die Fähigkeit, diese ihre Einzelakts-Tätigkeit auch originär, d.h. ohne formell-gesetzliche Ermächtigung, zu verrechtlichen, auseinander.¹⁶⁾ Zwar ist die Exekutive nicht gehindert, ihre Einzelakts-Tätigkeit im Innenverhältnis durch den Erlass von abstrakt-generellen Verwaltungsvorschriften zu verrechtlichen. Insofern mag Georg Jellinek¹⁷⁾ Recht haben, wenn er sagt: "Wer das Recht der Verfügung hat, besitzt auch das Recht, diese Verfügung abstrakt und allgemein zu

S. 100: Wo der Vorbehalt Lücken frei läßt, wirkt der Verwaltungsakt "selbständig".

- 16) Wenn Rupp (Grundfragen, S. 117, 128) meint, daß derjenige, der - wie die vorliegende Arbeit - einerseits an dem "engen überlieferten Eingriffsvorbehalt" festhalte, andererseits aber gleichwohl der Verwaltung die Möglichkeit belasse, im vorbehaltsfreien Bereich tätig zu werden, "die Verwaltung nicht nur aus der Gesetzesakzessorietät, sondern überhaupt aus der Rechtsakzessorietät" entlasse, so ist das wegen der Selbstbindung der Verwaltung (vgl. dazu unten IX), wegen der Möglichkeit des Entstehens von Wohnheitsrecht und schließlich wegen der Möglichkeit des Zugriffs durch den Gesetzgeber (vgl. dazu oben I und unten VIII) schon nicht ganz zutreffend. Im übrigen setzt es auch voraus, daß Rupp - was nicht ganz eindeutig ist - unter "Recht" nur die abstrakt-generellen Regelungen versteht, daß er also einen bereits rechtstechnisch verengten Rechtssatzbegriff zugrundelegt. Tut er das nicht, meint er mit "Recht" auch die konkret-individuellen Regelungen durch Verwaltungsakt, so ist seine Folgerung auf jeden Fall unzutreffend; denn aus deren - freilich ungenügenden - "Rechtsakzessorietät" wird die Verwaltung beim Festhalten an dem überlieferten Vorbehalt des Gesetzes keineswegs entlassen.

- 17) Gesetz und Verordnung, S. 375, vgl. auch S. 386

fassen, mit anderen Worten, wer das Recht der Einzelverfügung hat, darf auch Verordnungen erlassen." Für das Außenverhältnis wird die Richtigkeit dieses Satzes jedoch bestritten. Hier hat die Exekutive zwar das "Recht der Einzelverfügung", wegen des Rechtssatzvorbehaltes aber nicht auch das Recht der abstrakt-generellen Regelung. Im übrigen ist diesem Satz Georg Jellineks auch durchaus nicht zuzugeben, daß er zwingender Natur ist. Das ist er ebensowenig wie der umgekehrte, daß die Verwaltung das, was sie "nicht allgemein anordnen dürfe", "erst recht nicht von Fall zu Fall verfügen" dürfe, mit dem man versucht hat, den zunächst nur als Rechtssatzvorbehalt verstandenen Vorbehalt des Gesetzes auf konkret-individuelle Eingriffsakte auszudehnen.¹⁸⁾ Welche Staatsakte an die Form eines formellen Gesetzes oder die Notwendigkeit einer formell-gesetzlichen Ermächtigung gebunden sind, ist eine Frage der Ausgestaltung des jeweiligen Verfassungsrechtes. Dabei ist es durchaus möglich, und kann es auch sinnvoll sein, abstrakt-generelle Exekutivakte anders zu behandeln als konkret-individuelle.

Zum anderen ist der Rechtssatzvorbehalt aber auch insofern enger als der Eingriffsvorbehalt, als er nicht auch das Entstehen von Gewohnheitsrecht ausschließt. Zwar ist Gewohnheitsrecht nicht imstande, eine gesetzliche Ermächtigung für den Erlass exekutiver Außenrechtssätze abzugeben. Insofern unterscheiden sich Eingriffsvorbehalt und Rechtssatzvorbehalt nicht. Die Rechtsfolge ist - wie gesagt - bei beiden die gleiche: es bedarf einer formell-gesetzlichen Ermächtigung. Der Rechtssatzvorbehalt erfaßt im Tatbestand aber nur die exekutiven Außenrechtssätze, nicht alle Außenrechtssätze, also nicht auch Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht vermag deshalb ohne Kollision mit dem Rechtssatzvorbehalt neben Gesetzesrecht (im formellen Sinn) und exekutive

18) vgl. Thoma, Festgabe für Otto Mayer, S. 180, 218

Außenrechtssätze zu treten. Das ist nur anders im Bereich des Eingriffsvorbehaltes. Da dieser nicht nur den Erlaß exekutiver Rechtssätze, sondern alle "Eingriffe in Freiheit oder Eigentum" an das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Ermächtigung bindet, vermag Gewohnheitsrecht in seinem Geltungsbereich auch nicht neben das gesetzte Recht zu treten. Eingriffe dieser Art sind nur dann zulässig, wenn eine formell-gesetzliche Ermächtigung vorliegt. Gewohnheitsrecht vermag eine solche nicht abzugeben.¹⁹⁾

Der Rechtssatzvorbehalt ist aber nicht nur von dem Eingriffsvorbehalt zu unterscheiden, sondern er darf auch nicht mit dem Totalvorbehalt des Art. 18 der Österreichischen Verfassung oder mit dem gleichermaßen weitreichenden Totalvorbehalt verwechselt werden, den etwa Jesch²⁰⁾ aus der Demokratieentscheidung des Grundgesetzes abzuleiten versucht. Diese Totalvorbehalte gelten nämlich nicht nur im Außenverhältnis, sondern auch im Innenverhältnis, und sie erfassen ähnlich wie der Eingriffsvorbehalt auch nicht nur die exekutiven Rechtssätze, sondern auch die exekutiven Einzelakte. Ließe sich dem Grundgesetz tatsächlich ein solcher Totalvorbehalt entnehmen, so ginge dieser erheblich über den Rechtssatzvorbehalt hinaus. Auch sämtliche Akte des Innenverhältnisses bedürften dann der formell-gesetzlichen Ermächtigung.

Wenn man den somit gegenüber den anderen Vorbehalten des Gesetzes abgegrenzten, im Text des GG aber ebensowenig wie der Eingriffsvorbehalt erscheinenden Rechtssatzvorbehalt formulieren wollte, so müßte man ihm nach dem Gesagten etwa folgenden Wortlaut geben: "Für den Erlaß abstrakt-gene-
reller Regelungen bedarf die Exekutive im Außenverhältnis

19) so überzeugend Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 32 f, 138

20) vgl. dazu die Erörterungen oben unter VI 2

der formell-gesetzlichen Ermächtigung".

b. Geltungsgrund des Außenrechtssatzvorbehaltes

Mit einer Umschreibung des Rechtssatzvorbehaltes ist jedoch solange nicht gewonnen, als es nicht auch gelingt, den Nachweis zu führen, daß der Rechtssatzvorbehalt mit diesem Inhalt im Grundgesetz und in den Verfassungen der Länder enthalten ist.

Das soll im nachfolgenden geschehen:

aa. Art. 80 GG als Standort des Rechtssatzvorbehaltes

Auf der Ebene des Bundesverfassungsrechtes ergibt sich der Rechtssatzvorbehalt aus Art. 80 GG.²¹⁾ Zwar meint Vogel²²⁾, daß Art. 80 GG "lediglich Anforderungen an die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung" stelle, sich aber in keiner Weise darüber ausspreche, "in welchen Fällen eine Rechts-

-
- 21) Der in Art. 80 GG enthaltene Außenrechtssatzvorbehalt wird häufig auch als "spezieller Vorbehalt des Gesetzes" bezeichnet, vgl. Rupp, Grundfragen, S. 115; Selmer, VA 1968, 117 f, 139. Diese Bezeichnung ist jedoch unglücklich, weil das Verhältnis des Rechtssatzvorbehaltes zu dem als "allgemein" bezeichneten Eingriffsvorbehalt keineswegs das der Spezialität ist. Der Rechtssatzvorbehalt ist, wenn man so will, sogar "allgemeiner" als der Eingriffsvorbehalt, weil er anders als der Eingriffsvorbehalt das gesamte Außenverhältnis erfaßt.
- 22) VVDStRL 24, 163 f; vgl. ders., auch VVDStRL 25, 432, Diskussionsbeitrag; ebenso Kleiser, Der Vorbehalt des Gesetzes nach dem Bonner Grundgesetz, S. 127. Dazu kritisch die Diskussionsbeiträge von Schaumann, VVDStRL 24, S. 216; v.d. Heyde, S. 217; Zacher, S. 237; Bachof, S. 225; sowie Friauf, DVBl 66, 735; Selmer, JuS 1968, 494; ders., VerwArch 1968, 133 f; Baedecker, Organisationsgewalt, S. 78 f. Ähnlich wie Vogel aber auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 510: "Art. 80 GG erfaßt nur die Regelungen der dem Gesetzesvorbehalt (gemeint ist der Eingriffsvorbehalt) unterfallenden Materien".

verordnung erforderlich sei". Darüber lasse sich "vielmehr nur den einzelnen speziellen Gesetzesvorbehalten des Grundgesetzes etwas entnehmen".²³⁾

Wäre das richtig, dann bestünde in der Tat ein Rechtssatzvorbehalt nur innerhalb und im Rahmen der verschiedenen Vorbehalte des Gesetzes, so daß es entbehrlich und womöglich sogar falsch wäre, den Rechtssatzvorbehalt von diesen anderen Vorbehalten des Gesetzes zu unterscheiden. Art. 80 GG würde dann nur klarstellen, daß bei den Vorbehalten des Gesetzes, die nicht wie der des Art. 104 Abs. 1 GG solche eines formellen Gesetzes sind, das Rechtsetzungsrecht unter Beachtung bestimmter Formerfordernisse auch an die Exekutive delegiert werden kann. Er wäre dann nur an die anderen Vorbehalte des Gesetzes angehängt, sein Anwendungsbereich wäre mit deren Anwendungsbereich kongruent. Er würde keine Aussage für Staatsakte enthalten, die nicht auch durch einen der anderen Vorbehalte des Gesetzes erfaßt werden und damit ohnehin schon an die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung gebunden sind.

23) Vogel macht also offenbar keinen Unterschied zwischen Vorbehalten des Außengesetzes und solchen des Innengesetzes; denn offenbar soll bei allen "speziellen Gesetzesvorbehalten" eine Delegation des Rechtsetzungsrechtes nur in Rechtsverordnungsform möglich sein. Nicht recht verständlich bleibt dann freilich, warum sich "die strengen Anforderungen an Form und Publikation der Rechtsverordnungen" daraus erklären sollen, "daß die Form der Rechtsverordnung anders als die der Verwaltungsordnung auch für Regelungen im Grundrechtsbereich in Betracht kommt", VVDStRL 24, 164. Die auf Grund eines Innengesetzes erlassenen exekutiven Regelungen berühren den Grundrechtsbereich nämlich keineswegs.

aaa. Art. 80 Abs. 2 GG nennt Materien, die nicht einem Vorbehalt des Gesetzes unterfallen

Es läßt sich jedoch leicht und schon aus dem Text des Art. 80 GG nachweisen, daß sein Anwendungsbereich sehr wohl ein weiterer ist als der der anderen Vorbehalte des Gesetzes; denn Abs. 2 des Art. 80 GG benennt einige Materien der Leistungsverwaltung (und unterzieht diese hinsichtlich der Zustimmung des Bundesrates einer Sonderregelung), die an sich nicht dem Eingriffs- oder einem der anderen Vorbehalte des Gesetzes unterfallen.²⁴⁾ Damit steht fest, daß Art. 80 GG nicht nur den anderen Vorbehalten des Gesetzes angehängt ist, sondern einen eigenen Tatbestand hat, an den er unabhängig von der Geltung eines der anderen Vorbehalte des Gesetzes das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Ermächtigung knüpft.

bbb. Art. 80 GG verwendet den Begriff der Rechtsverordnung im überkommenen Sinne

Es wäre in der Tat auch recht verwunderlich, wenn das GG den Begriff der Rechtsverordnung und den korrespondierenden der Verwaltungsvorschrift völlig unabhängig von dem Bedeutungsgehalt übernommen hätte, den diese Begriffe schon in der konstitutionellen Staatsrechtslehre erhalten haben. Selmer²⁵⁾ weist zu Recht darauf hin, daß das geltende Verfassungsrecht ausdrücklich zwischen "allgemeinen Verwaltungsvorschriften" und "Rechtsverordnung" unterscheidet und daß "mangels entgegenstehender Anhaltspunkte in der Verfassung davon auszugehen" sei, "daß der Grundgesetzgeber mit ihnen die Rechtswirkungen verknüpft sehen wollte,

24) Vgl. dazu auch Rupp, Grundfragen, S. 116; ders., NJW 1970, 413; Selmer, VerwArch 1968, 137 m.w.N.

25) VerwArch 1968, 133; ebenso Rupp, NJW 69, 1277, und NJW 70, 413

die ihnen nach der überkommenen Auffassung beigemessen werden". Danach waren beide Begriffe aber nicht an die Geltung oder Nichtgeltung eines Vorbehaltes des Gesetzes gekoppelt, sondern an die Grenzscheide zwischen Außen- und Innenverhältnis.²⁶⁾

A. Impermeabilitätslehre

Das ist ganz eindeutig bei der sog. Impermeabilitätslehre Georg Jellineks und Labands. Laband²⁷⁾ scheidet den Gesamtbereich der Verordnungen in den der Rechtsverordnung und den der Verwaltungsverordnung. Die Rechtsverordnungen sind "Gesetze im materiellen Sinn" und daher Verordnungen nur im formellen Sinn.²⁸⁾ Der Bereich der Verordnung (im materiellen Sinn) und der der Gesetzgebung (ebenfalls im materiellen Sinn) schließen nämlich bei Laband einander aus. Die Verwaltungsverordnungen sind Nichtrechtssätze und daher Verordnungen auch im materiellen Sinn. Das ergibt sich daraus, daß er den Begriff des Gesetzes im materiellen Sinn mit dem des Rechtssatzes koppelt. Rechtssatz ist nach der Impermeabilitätslehre aber nur die "Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten"²⁹⁾ im Außenverhältnis, d.h. im Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Das Innenverhältnis des Staates zu seinen Organen und Organwaltern dagegen ist kein Rechtsverhältnis, weil nur der Staat als Gesamtorganismus, nicht aber auch seine Organe und Organwalter als Rechtssubjekte, als taugliche Träger von Rechten oder Pflichten anerkannt werden.

26) das übersieht Vogel, VVDStRL 25, 432, Diskussionsbeitrag

27) Reichsstaatsrecht, Band I, 7. Aufl., 1919, S. 136

28) Laband, a.a.O., S. 136

29) ders., a.a.O., S. 150

Der Begriff der Rechtsverordnung wird also mit dem des Gesetzes im materiellen Sinn gekoppelt, dieser mit dem des Rechtssatzes und der des Rechtssatzes mit dem des Außenverhältnisses. Der Begriff der Verwaltungsvorschrift oder -verordnung wird dagegen mit dem des Nichtrechtssatzes und dieser wiederum mit dem des Innenverhältnisses gekoppelt. Zwar fallen die Begriffe Außen- und Innenverhältnis in diesem Zusammenhang bei Laband nicht. In der Sache jedoch stellt er genau darauf ab, wenn er fortfährt: "Regeln dagegen, die sich innerhalb der Verwaltung selbst halten, die in keiner Richtung einem außerhalb derselben stehenden Subjekt Beschränkungen auferlegen oder Befugnisse einräumen, ihm nichts gewähren und nicht entziehen, ihm nichts gebieten und nichts verbieten, sind keine Rechtsvorschriften".³⁰⁾

Dies wiederum folgert er daraus, daß "Verhaltensmaßregeln, die ein einzelner sich selbst gibt", niemals Rechtsvorschriften sein können, weil niemand "gegen sich selbst einen Rechtsanspruch oder eine Rechtspflicht haben oder gegen sich selbst eine Rechtsverletzung verüben" könne.³¹⁾ Gegen die Folgerichtigkeit dieser Argumentation wird sich kaum etwas einwenden lassen. Wenn man den Organen und Organwaltern die Fähigkeit betreibt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, dann bleibt in der Tat nichts anderes übrig, als den Regelungen des Innenverhältnisses die Rechtsatznatur und damit die Eigenschaft eines Gesetzes im materiellen Sinn abzustreiten.

Zwar ist die Unrichtigkeit dieser Prämisse der Impermeabilitätslehre inzwischen erwiesen. Es geht nicht an, den Organen und Organwaltern die Fähigkeit zu bestreiten, Träger

30) Laband, a.a.O., S. 151

31) ders., a.a.O., S. 150; ebenso Reichsstaatsrecht Bd.II, 5.Aufl., S. 181

von Rechten und Pflichten zu sein. Darauf kommt es jedoch für die Auslegung der von der Impermeabilitätslehre geprägten Begriffe der Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift nicht an. Diese unterscheiden sich nach dieser Lehre ganz eindeutig dadurch, daß die Verwaltungsvorschrift nur das staatliche Innenverhältnis regelt, während die Rechtsverordnung³²⁾ nur das Außenverhältnis betrifft, dort freilich das gesamte Außenverhältnis, nicht nur jene Teile, die auch durch einen Vorbehalt des Gesetzes erfaßt werden.

Liegen diese Begriffsinhalte aber der Unterscheidung des Grundgesetzes zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift zugrunde, dann folgt daraus, daß jede exekutive Regelung im Außenverhältnis eine Rechtsverordnung ist und folglich auch nach Art. 80 GG dem Erfordernis einer formell-gesetzlichen Ermächtigung unterliegt. Es gilt nichts anderes als das, was Laband³³⁾ für die Bismarcksche Reichsverfassung bereits als "selbstverständlich und zweifellos anerkannt" bezeichnet hatte, nämlich daß "Gesetze im materiellen Sinn (Rechtsvorschriften) im Wege der Gesetzgebung zu erlassen sind" und daß "jede Verordnung, welche Rechtsvorschriften enthält, nur gültig erlassen werden kann auf Grund einer speziellen, reichsgesetzlichen Delegation".

B. Impermeabilitätslehre und Organisationsverordnungen

Laband zieht daraus auch klar und folgerichtig die Nutzanwendung für die hier besonders interessierenden Organisationsvorschriften. So weist er darauf hin, daß es zahlrei-

32) Gemeint ist natürlich nur die Rechtsverordnung im materiellen Sinn. Die Rechtsverordnung im lediglich formellen Sinn ist der Sache nach Verwaltungsverordnung: sie regelt nur das Innenverhältnis.

33) a.a.O., S. 137 f; ebenso G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 386

che Vorschriften gibt, "welche nach ihrem Inhalt eine doppelte Auffassung zulassen; sie können gedacht werden als bloße Instruktionen für Behörden und Beamte", d.h. als bloße Innenrechtssätze im Sinne der hier benutzten Terminologie, "sie können aber auch in dem Sinne aufgefaßt werden, daß dadurch Dritten Rechte oder Pflichten erwachsen"³⁴⁾, d.h. als Außenrechtssätze.

Weiter stellt Laband auch das allein entscheidende Kriterium für die Entscheidung dieser Abgrenzungsfrage heraus, nämlich den Regelungswillen.³⁵⁾ Wenn freilich "Wortlaut und Zusammenhang der Vorschrift darüber keine Gewißheit gewährt, so bietet in der Tat die Form des Erlasses ein in den meisten Fällen untrügliches Kennzeichen"³⁶⁾. Sodann fährt er fort:³⁷⁾ "Ob nun die Einrichtung der Behörden und die Abgrenzung ihres Geschäftskreises ein Akt der Gesetzgebung³⁸⁾ oder der Verwaltung ist³⁸⁾, bestimmt sich danach, ob die Maßregel nur innerhalb des Verwaltungsapparates wirksam sein soll, oder ob sie ihre Wirkung außerhalb dessen erstreckt". Nicht der Inhalt der Regelung ist also entschei-

34) Laband, a.a.O., S. 151, und in Bd. II, 5.Aufl., S. 182

35) Damit ist natürlich der objektive Regelungswille gemeint, der jedoch im Regelfall mit dem subjektiven Willen des Normsetzers übereinstimmen dürfte. Unklar hierzu Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 177, der jedoch auch ein originäres Rechtssetzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis annimmt.

36) Laband, Reichsstaatsrecht I, S. 151; ähnlich Ossenbühl, a.a.O., S. 177: "Bezeichnung der Vorschrift, Diktion, Form, Publikation" seien "Indizien der Rechtssatzeigenschaft"; gemeint ist: Außenrechtssatzeigenschaft

37) Laband, a.a.O., S. 151 f

38) gemeint ist: im materiellen Sinn

dend, sondern die Außen- bzw. Innenwirkung.³⁹⁾ Außenwirkung liegt aber nur dann vor, "wenn der einzelne einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf hat, daß die ihm gebietende Behörde ... in einer gewissen Weise gebildet wird und ein gewisses Verfahren beobachtet". Andererseits könne "die Errichtung von Behörden, ihre Geschäftsverteilung, ihre Organisation und ihr Verfahren ein Internum der Verwaltung sein, welches ohne Rechtswirkung für Dritte ist und eben deshalb die Rechtsordnung⁴⁰⁾ nicht berührt". In diesem Fall liegt dann nur Innenwirkung vor.

Laband⁴¹⁾ vermeidet bei der Abgrenzung zwischen Außen- und

39) ebenso Bettermann, VVDStRL 17, 153: "Verwaltungsvorschriften können nämlich nicht nur das Verfahren im Innern der Verwaltungsorganisation regeln, sondern auch zu einem erheblichen Teil zwischen Verwaltungsbehörde und Bürger. Es wäre verkehrt, aus dem Charakter der Verwaltungsvorschrift als bloß innerdienstlicher Weisung, als generellem Dienstbefehl, zu schließen, daß der Gegenstand ihrer Regelung nur das Innen-, nicht auch das Außenverhältnis der Verwaltung sein könne. Man muß zwischen dem Gegenstand einer Regelung, ihrem Geltungsbereich und ihrem Adressaten unterscheiden. Daher kann in einer Verwaltungsvorschrift sehr wohl auch das Verhalten und das Verfahren der Verwaltungsbehörden und ihrer Funktionäre gegenüber dem Bürger geregelt werden". Aber: "Verwaltungsverfahrenrechtliche Pflichten und Rechte des Bürgers können - natürlich - nur durch einen perfekten Rechtssatz begründet, geändert und aufgehoben werden".

40) Gemeint ist: Außenrechtsordnung; das Innenverhältnis wird nicht als ein Rechtsverhältnis angesehen.

41) Ähnlich führt auch Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 233, 240, aus, daß Sätze, welche sich auf die Organisation des Staates beziehen, dann Rechtssätze seien, wenn sie Rechte und Pflichten der Subjizierten schufen, dagegen keine Rechtssätze, wenn sie keine Wirkung nach außen zeigten; vgl. derselbe auch in: Gesetz und Verordnung, Neudruck 1919, S. 387. So auch Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht, S. 571

Innenwirkung also durchaus die heute herrschende Ineinssetzung von faktischer und rechtssatzmäßiger - d.h. berechtigender oder verpflichtender - Außenwirkung. Außenwirkung liegt nicht schon dann vor, wenn eine Regelung faktisch auf Außenrechtssätze oder Außenrechtsfolgen ausstrahlt, sondern nur und erst dann, wenn durch die Regelung Rechte oder Pflichten im Außenverhältnis begründet werden. Darauf soll unten noch zurückgekommen werden. Hier genügt es festzuhalten, daß Laband unter bestimmten Voraussetzungen auch Organisationsverordnungen als Rechtsverordnungen ansah und dann an die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung band. Dies wäre ihm unmöglich gewesen, wenn er als Rechtsverordnungen nur die exekutiven Regelungen innerhalb des Geltungsbereiches eines Vorbehaltes des Gesetzes angesehen hätte; denn für Organisationsverordnungen besteht und bestand, von den oben erörterten "fakultativen institutionellen Vorbehalten des Gesetzes" abgesehen, kein Vorbehalt des Gesetzes.

C. Anschütz

Selbst Anschütz, der an sich sämtliche Organisationsverordnungen aus dem Rechtsverordnungsbegriff hätte ausklammern müssen, weil er den Rechtssatzbegriff und damit den des materiellen Gesetzes an die konstitutionelle Formel band⁴²⁾, hält seine Konzeption nicht durch⁴³⁾ und erklärt Organisationsverordnungen dann zu "Rechtssätzen" und "Gegenständen der Gesetzgebung", wenn sie "durch Begründung von Rechten und Pflichten der Untertanen nach außen wirken" wollen.⁴⁴⁾

42) Meyer-Anschütz, Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., 1919, S. 657, 670

43) Dieser Vorwurf wird Anschütz auch von Rupp gemacht, Grundfragen, S. 91 f, S. 114, Fn. 25; vgl. auch Baedeker, Organisationsgewalt, S. 31, Fn. 1

44) Meyer-Anschütz, a.a.O., S. 671, Fn. 5

Von "Eingriffen in Freiheit oder Eigentum" ist hier also nicht mehr die Rede. Rupp nennt den Anschützschen Rechtsatzbegriff deshalb auch zu Recht "zwiespältig"⁴⁵⁾ und hält Anschütz vor, daß er damit offenbar an den Plausibilitätsgründen der Labandschen Impermeabilitätslehre habe partizipieren wollen.⁴⁶⁾

Hieraus ist für die Auslegung des Begriffes "Rechtsverordnung" in Art. 80 GG zu folgern, daß dieser nicht im Sinne der Anschützschen Definition des materiellen Gesetzes als einer in Freiheit oder Eigentum eingreifenden Norm aufzufassen ist. Schon wegen der zwiespältigen Haltung Anschütz' zur Organisationsverordnung spricht für eine so verstandene Rezeption des Begriffes der Rechtsverordnung durch Art. 80 GG in der Tat nichts.⁴⁷⁾

bb. Verfassungsgewohnheitsrecht als Standort des Rechtsatzvorbehaltes

Im übrigen kann es aber auch dahinstehen, wie der Begriff der "Rechtsverordnung" in Art. 80 GG aufzufassen ist. Selbst wenn man von ihm all die Bedeutungsgehalte abstreifen wollte, die dieser Begriff im Verlaufe einer 100jährigen Rechtsentwicklung erhalten hat, so daß Art. 80 GG in Ermangelung einer eigenen tatbestandlichen Umschreibung des Anwendungsbereiches der von ihm angeordneten Rechtsfolgen nicht als Standort des Rechtssatzvorbehaltes angesehen werden könnte, so wäre damit doch noch kein entscheidendes Argument gegen die Geltung dieses Außenrechtssatzvorbehaltes gewonnen. Dieser würde dann zwar nicht kraft geschriebenen Rechts,

45) Grundfragen, S. 92; vgl. auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 145, Fn. 206, und S. 153, Fn. 236

46) Grundfragen, S. 114, Fn. 25

47) So auch Selmer, JuS 68, 494

wohl aber kraft Gewohnheitsrechtes gelten⁴⁸⁾; denn keinesfalls wird man dem Grundgesetz eine dahingehende negative Entscheidung entnehmen können, daß es entgegen der nur durch den Nationalsozialismus unterbrochenen Rechtstradition⁴⁹⁾ nicht mehr Monopol des Gesetzgebers sein solle, sich rechtssatzmäßig an den Bürger zu wenden. Die in Art. 101, Satz 2 HChE noch enthaltene Formulierung: "Rechte und Pflichten der Bürger können nur durch Gesetz begründet werden", ist nicht gestrichen worden, weil der Exekutive ein solches originäres Rechtsetzungsrecht im Außenverhältnis zuerkannt werden sollte, sondern weil man diesen Satz als selbstverständlich und daher überflüssig ansah.⁵⁰⁾ Der Rechtssatzvorbehalt teilt insoweit das Schicksal des Eingriffsvorbehaltes, und bei beiden hat dann auch der sehr bald beginnende Streit über den Inhalt und die Reichweite dieser Rechtssätze gezeigt, daß es durchaus nicht überflüssig war, sie in den Text der Verfassung aufzunehmen.

-
- 48) Auch vor dem Grundgesetz war es allgemein anerkannt, daß Rechtsverordnungen niemals ohne gesetzliche Ermächtigung erlassen werden können, vgl. Laband, Reichsstaatsrecht I, 7. Aufl., S. 137, 138, 141, und Reichsstaatsrecht II, 5. Aufl., S. 182 ff; Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 386; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 502; vor allem aber Thoma, Festgabe für Otto Mayer, S. 196, 213 f, der den auch von ihm sogenannten "Rechtssatzvorbehalt" ausdrücklich als "festes Gewohnheitsrecht" bezeichnet.
- 49) Noch zu Art. 77 der Weimarer Verfassung war es absolut h.L., daß der Exekutive ein originäres Rechtsetzungsrecht im Außenverhältnis nicht zukommt, vgl. Anschütz, Kommentar, Art. 77, Anm. 2, S. 411. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 152, spricht von einem im Wege des argumentum e contrario aus Art. 77 Weimarer Verfassung gewonnenen "Spezialvorbehalt" für alle Rechtsverordnungen.
- 50) Ebenso Hans Klein, Festgabe für Forsthoff, S. 170. Friedrich Klein bezeichnet den Hinweis auf Art. 101 HChE freilich ohne jede Begründung als nicht überzeugend; vgl. von Mangoldt-Klein, Art 80, Bem. IV 5, Fn. 77

Einige der Länderverfassungen waren jedenfalls besser beraten, als sie nicht nur den Eingriffsvorbehalt, sondern - zum Teil daneben⁵¹⁾ - auch den Rechtssatzvorbehalt in ihren Text aufgenommen haben.⁵²⁾ ⁵³⁾ Jedenfalls für diese Verfassungen ist damit dem Streit um das selbständige

- 51) So erscheint etwa in der Verfassung von Baden-Württemberg neben dem in Art. 58 enthaltenen Eingriffsvorbehalt (Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zuläßt) in Art. 61 eine mit Art. 80 GG textlich übereinstimmende Vorschrift. Daraus hat Hans Klein, Festgabe für Forsthoff, S. 171 bei Fn. 58, den zutreffenden Schluß gezogen, daß auch Art. 80 GG allgemein und nicht nur innerhalb des Eingriffsvorbehaltes ein originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis ausschließe.
- 52) Art. 70 Abs. I der Bayerischen Verfassung ("Die für alle verbindlichen Gebote und Verbote bedürfen der Gesetzesform"); Art. 32 der Niedersächsischen Verfassung ("Allgemein-verbindliche Anordnungen der Staatsgewalt, durch die Rechte oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben werden, bedürfen der Form des Gesetzes"), wo in Art. 34 obendrein noch eine dem Art. 80 GG entsprechende Vorschrift enthalten ist, sowie Art. 45 der Berliner Verfassung ("Die für alle verbindlichen Gebote und Verbote müssen auf Gesetz beruhen").
- 53) Selmer, JuS 68, 490, weist darauf hin, daß es auch in den konstitutionellen Verfassungen der deutschen Länder im 19. Jahrhundert zwei verschiedene Arten des Vorbehaltes des Gesetzes gegeben habe, vgl. auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 123 ff, 127 f. Die eine Gruppe habe den Vorbehalt des Gesetzes von vornherein an die konstitutionelle Formel ("Eingriffe in Freiheit oder Eigentum") gebunden, während die andere Gruppe, für die die Württembergische Verfassung vom 25.9.1819 repräsentativ gewesen sei, die Gesetzgebung allgemein unter den Vorbehalt der Mitwirkung des Parlaments gestellt habe, vgl. auch Thoma, Festgabe für Otto Mayer, S. 180 ff, 184, 186, der von Verfassungen des "vormärzlichen süddeutschen Typs" spricht. Bei der letzteren Kategorie habe der Vorbehaltsbereich eine Abgrenzung durch die Interpretation des verfassungsrechtlichen Gesetzesbegriffes erfahren. Dieser habe sich gleichermaßen im Sinne der "Freiheit und Eigentum"-Klausel eingependelt". Letzteres ist jedoch nicht ganz zutreffend. Wie oben im Text dargestellt, hat Anschütz den von ihm entwickelten Rechtssatzbegriff nicht konsequent angewandt. Bei den Organisationsverordnungen ist er auf den Labend-

Rechtsetzungsrecht der Exekutive der Boden entzogen.

Von der Heydte⁵⁴⁾ hat Vogel deshalb auch durchaus zu Recht entgegengehalten, daß er sich "etwas außerhalb der Konstitutionalität" bewegt habe; denn Art. 70 der BayVerf enthalte eine klare Entscheidung gegen ein irgendwie geartetes originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis, und dies gelte nicht nur für Bayern, sondern sei ein in der Bundesrepublik allgemein geltendes Prinzip.⁵⁵⁾ Gäbe man dies auf, dann ende der Rechtsstaat.

Dem ist zuzustimmen. Ebenso wie der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes gehört in der Tat auch der Außenrechtssatzvorbehalt zu den Essentialien des Rechtsstaatsprinzipes.

cc. Verwaltungsvorschriften und Rechtssatzvorbehalt

Damit sind dann zugleich auch alle anderen Angriffe gegen Art. 80 GG und den Rechtssatzvorbehalt abgewehrt. Weder geht es an, Art. 80 GG nur auf bestimmte Rechtsverordnungen, auf andere dagegen nicht anzuwenden⁵⁶⁾, denn Art. 80 GG und der

- . Jellinekschen Rechtssatzbegriff zurückgewichen. Legt man aber diesen Rechtssatzbegriff zugrunde, dann handelt es sich bei den Vorbehalten der zweiten Kategorie nicht um Eingriffsvorbehalte, sondern um Außenrechtssatzvorbehalte im Sinne der hier benutzten Terminologie; vgl. aber Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 144

54) VDDStRL 24, 217 f, 224, Diskussionsbeitrag

55) Ebenso Hamann, NJW 1956, 3 f, der den in Art. 70 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung enthaltenen Vorbehalt des Gesetzes als "Hausgut der Gesetzgebung" bezeichnet, dem keineswegs nur lokale Bedeutung zukomme. Er schlägt vor, diesen Rechtssatz in einer später eventuell zu schaffenden gesamtdeutschen Verfassung um der Klarstellung willen in den Text aufzunehmen.

56) So aber Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 146, 148, 149 f, 231 ff; Forsthoff, Lehrbuch, S. 410, der dies aus der exekutiven Organisationsgewalt ableitet, dabei aber verkennt, daß die Organisationsgewalt der Exekutive eben nicht nur durch den Eingriffsvorbehalt und die oben im

Rechtssatzvorbehalt differenzieren nicht zwischen den Rechtsverordnungen, sondern binden alle an die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung, noch geht es an, den Verwaltungsvorschriften rechtssatzmäßige Außenwirkung auch im Verhältnis zum Bürger einzuräumen⁵⁷⁾, denn dann wären sie eben nicht mehr Verwaltungsvorschriften sondern Rechtsverordnungen, noch geht es schließlich an, Art. 80 GG dadurch zu umgehen, daß man die Organisationsverordnungen weder als Verwaltungsvorschriften noch als Rechtsverordnungen, sondern als ein aluid ansieht, auf das dann Art. 80 GG nicht Anwendung finden soll.⁵⁸⁾

Der letzteren Argumentation steht die schon seit dem konstitutionellen Staatsrecht "geschlossene Formentypik"⁵⁹⁾ der Rechtssätze entgegen, die vom Grundgesetz mit der Gegenüberstellung von Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift übernommen worden ist und in der ein davon verschiedener Typus der "Organisationsverordnung" keinen Platz hat. Die Organisationsverordnung ist - das war bisher immer unstreitig - entweder Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift, und je nachdem bestimmen sich auch die beim Erlaß zu beobachtenden Form- und Verfahrensvorschriften.

Text erörterten institutionellen Vorbehalte des Gesetzes, sondern auch durch den Rechtssatzvorbehalt begrenzt wird. Das verkennen auch H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 78 II c 1, S. 126, und F. Mayer, EvStL, Sp. 1423, sowie derselbe, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 62: "Rechtsverbindliche Organisationsakte der Verwaltung mit Außenwirkung, die den Rechtskreis Dritter berühren, können nie in der Form der schlichten Verwaltungsvorschrift ergehen. Sie erfordern grundsätzlich die Form der Rechtsverordnung, die jedoch nicht den Erfordernissen des Art. 80 GG genügen muß".

57) So in bezug auf die Organisationsverordnungen vor allem Ossenbühl, dazu weiter im Text

58) So Groß, DÖV 63, 54, und NJW 1969, 2186; vgl. auch die in Fn. 56 Genannten, insbesondere F. Mayer, a.a.O., der von "Hoheitsakt sui generis" und von "eigener Grundtypus des Verwaltungshandelns" spricht.

59) Bachof, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 16

Gegen die Annahme einer rechtssatzmäßigen Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften spricht aber weiter auch, daß das Recht der Exekutive, Verwaltungsvorschriften zu erlassen, auf der Gehorsamspflicht im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses beruht.⁶⁰⁾ Wo aber, wie im Außenverhältnis, eine solche Gehorsamspflicht fehlt, da endet auch die (originäre) Regelungsbefugnis. Die von Rupp⁶¹⁾ kritisch sog. "Umschlagsmethode zur Vermeidung rechtsfreier Räume", mit deren Hilfe man Verwaltungsvorschriften rechtssatzmäßige Außenwirkung beizulegen versucht, muß daher auch aus diesem Grunde versagen.

Auch vermittelt der Argumentation Ossenbühls⁶²⁾ läßt sich ein originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis nicht nachweisen.

Ossenbühl stellt zunächst und insoweit noch in Übereinstimmung mit Lutz Richter die These auf, daß die Bestimmung der Behördenzuständigkeit die allgemeine Rechtsordnung "perfiziere" und deshalb für den Bürger rechtlich - nicht nur faktisch - unmittelbar relevant sei; denn "die Zuständigkeitsregelungen dienen in einem Rechtsstaat nicht nur den Zwecken des Staates, sondern auch dem Schutz des Bürgers".⁶³⁾ Sodann verweist er darauf, daß administrative Zuständigkeiten nicht nur in Außenrechtssätzen, sondern auch in Verwaltungsvorschriften geregelt sind und daß auch in solchen Fällen von der Rechtsprechung Verwaltungsakte, die unter Verletzung der Zuständigkeitsregelung zustande gekommen sind, als rechtswidrig angesehen werden.⁶⁴⁾ Daraus folgert er dann, und auch darin unterscheidet er sich noch nicht von Lutz

60) So Selmer, JuS 68, 492, unter Hinweis auf Jacobi, HdbDStR II, 255 ff, vgl. auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 142, Fn. 192. A.A. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 284, 455 ff, der die Rechtsgrundlage für den Erlaß der Organisationsverordnungen nicht in der Gehorsamspflicht des besonderen Gewaltverhältnisses, sondern in der der Exekutive "verfassungsunmittelbar" zustehenden Organisationsgewalt erblickt. Auch diese hat sich jedoch niemals auf das Außenverhältnis erstreckt.

61) Grundfragen, S. 93

62) Verwaltungsvorschriften, S. 505 ff; ders. ebenso im DVB1 69, 528

63) Ossenbühl, a.a.O., S. 505

64) Ossenbühl, a.a.O., S. 506; ders., DVB1 69, 528

Richter, daß auch den in Verwaltungsvorschriften enthaltenen Zuständigkeitsregelungen rechtssatzmäßige Außenwirkung zukomme. Im Unterschied zu Lutz Richter folgert er daraus jedoch nicht weiter die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung für die Zuständigkeitsregelungen, sondern nimmt ein selbständiges Verordnungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis an.

Das gleiche versucht er auch noch, mit zwei weiteren Argumenten zu beweisen.

Einmal verweist er auf §§ 78 Abs. 1 und 113 Abs. 4 VwGO.⁶⁵⁾ Wenn der Bürger mit der Verpflichtungsklage den Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsaktes begehre, dann müsse er seine Klage gegen die "zuständige Behörde" richten, wenn er nicht Gefahr laufen wolle, mit der Klage abgewiesen zu werden. Dabei komme es nicht nur auf die gesetzliche, sondern auch auf die administrativen Zuständigkeitsregelungen an, so daß auch den letzteren Außenwirkung zukomme.

Zum anderen verweist er auf das Petitionsgrundrecht des Art. 17 GG, nach dem jedermann das Recht habe, sich mit Petitionen an die "zuständigen Stellen" zu wenden. Die Ausübung dieses Grundrechtes werde also durch die allgemeine Zuständigkeitsordnung bedingt, die ihrerseits aber nicht nur in Gesetzen, sondern auch in Verwaltungsvorschriften festgelegt sei. Folglich müsse auch den Verwaltungsvorschriften Außenwirkung zukommen, weil ihr Inhalt von einem Außenrechtssatz (Art. 17 GG) "als wesentlich" angesehen werde.⁶⁶⁾

65) Ossenbühl, a.a.O., S. 505; ders., DVBl 69, 528. Eine ähnliche Argumentation taucht auch bereits bei Obermayer, DVBl 59, 355 auf; vgl. auch Kleiser, Vorbehalt des Gesetzes, S. 131

66) Ossenbühl, a.a.O., S. 506, 507

aaa. Argumentation aus Art. 17 GG

Die Argumentation aus Art. 17 GG vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil entgegen der Auffassung Ossenbühls die Zuständigkeit der angegangenen Behörde nicht Zulässigkeitsvoraussetzung einer Petition ist. Eine Petition ist vielmehr auch dann zulässig, wenn sie an eine unzuständige Behörde gerichtet ist. Der angegangenen unzuständigen Behörde obliegt in einem solchen Falle die Pflicht zum Weiterleiten der Petition an die zuständige Behörde.⁶⁷⁾ Es ist also keineswegs so, daß "die Ausübung dieses Grundrechtes ... durch die allgemeine Zuständigkeitsordnung bedingt" sei. Aus der Sicht des Art. 17 GG kann es durchaus offen bleiben, wie und wodurch die "zuständigen Stellen" bestimmt werden, ob durch Rechtssätze mit (rechtlicher) Außenwirkung oder durch Innenrechtssätze mit lediglich reflexiver, d.h. faktischer Außenwirkung. Auch wenn die Zuständigkeiten im Außenverhältnis nicht geregelt sind, sondern sich lediglich aus innerdienstlichen Regelungen, also Verwaltungsvorschriften, ergeben, läuft Art. 17 GG keineswegs leer, sondern hat für den Bürger durchaus einen Sinn, wenn es für ihn auch schwieriger sein mag, die "zuständigen Stellen" zu ermitteln. Schon aus diesem Grunde vermag die Argumentation aus Art. 17 GG nicht zu überzeugen.

Selbst wenn man Art. 17 GG aber dahin auslegen wollte, daß er sich nicht mit einer solchen im Außenverhältnis lediglich reflexartig wirkenden Zuständigkeitsregelung begnügt, so wäre daraus doch allenfalls ein an den Gesetzgeber gerichtetes Verrechtlichungsgebot oder möglicherweise sogar ein Vorbehalt des Gesetzes für die Zuständigkeitsregelungen zu folgern, nicht aber auch eine unmittelbare rechtliche Außenwirkung der lediglich in Verwaltungsvorschriften

67) Vgl. die überzeugenden Ausführungen von Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 17, RdNo 64

enthaltenen Zuständigkeitsregelungen. Aus Art. 17 GG läßt sich daher ein originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis nicht ableiten.

bbb. Argumentation aus §§ 78 Abs.1, 113 Abs.4 VwGO

Weiter vermag auch Ossenbühls Argumentation aus §§ 78 Abs.1, 113 Abs.4 VwGO nicht zu überzeugen. Jedenfalls läßt sich aus diesen Bestimmungen des einfachen Gesetzes nicht ein originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis ableiten. Ein solches Rechtsetzungsrecht bedürfte schon der verfassungsrechtlichen Ableitung. Die Potenz des einfachen Gesetzgebers reicht schon wegen Art. 80 GG nicht so weit, daß er ein solches Rechtsetzungsrecht schaffen könnte. Davon abgesehen ist jedoch der Schluß von §§ 78 Abs.1 und 113 Abs.4 VwGO auf ein originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive auch im übrigen nicht zwingend. Richtig ist zwar, daß der klagende Bürger jedenfalls in den Ländern, die von der Ermächtigung der §§ 61 Nr.3 und 78 Abs.1 Nr.2 VwGO Gebrauch gemacht haben⁶⁸⁾, die Klage gegen die zuständige Behörde richten muß, wenn er nicht Gefahr laufen will, mit der Klage abgewiesen zu werden. Richtig ist weiter sicher auch, daß es nicht angeht, den Bürger einerseits in einem Außenrechtssatz eine solche Pflicht aufzuerlegen, andererseits die Zuständigkeiten im Außenverhältnis aber unregelt zu lassen. Würde der Gesetzgeber das tun, dann würde sich die Frage stellen, ob es sich nicht um eine der unzulässigen von Ossenbühl⁶⁹⁾ sog. "dynamischen Verweisungen" handelt, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge eines Außen-

68) Nordrheinwestfalen, Niedersachsen, Saarland und Schleswig-Holstein; vgl. Redeker von Oertzen, Komm. zur VwGO, 2. Aufl., § 78 RdNr. 9

69) DVBl 67, 401 ff, vgl. auch ders. in Verwaltungsvorschriften, S. 351 ff

rechtssatzes (Zulässigkeit der Klage) von dem Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals (Bezeichnung der zuständigen Behörde als Klagegegner) abhängig macht, das sich bei genauer Betrachtung als eine Verweisung auf die zum Teil nur in Verwaltungsvorschriften enthaltenen Zuständigkeitsregelungen erweist.⁷⁰⁾ Man würde in diesem Fall wohl eine Fehlleistung des einfachen Gesetzgebers annehmen dürfen. Auf keinen Fall geht es aber an, das Problem dadurch zu "lösen", daß der Exekutive ein originäres Rechtsetzungsrecht im Außenverhältnis zuerkannt und die in Verwaltungsvorschriften enthaltenen Zuständigkeitsregelungen in Außenrechtssätze umfunktioniert werden.

Tatsächlich liegt jedoch eine solche Fehlleistung des Gesetzgebers gar nicht vor; denn in den Ländern, die von der Möglichkeit der §§ 61 Nr.3, 78 Abs.1 Nr.2 VwGO Gebrauch gemacht haben⁶⁸⁾, stehen die Zuständigkeitsregelungen unter dem institutionellen Vorbehalt des Gesetzes⁷¹⁾, der oben bereits als Außenrechtssatzvorbehalt erkannt worden ist, so daß Zuständigkeitsregelungen in der Form von Verwaltungsvorschriften ohnehin ausgeschlossen sind.

ccc. Argumentation aus der Rechtsprechung

Schließlich versagt aber auch Ossenbühls drittes Argument⁷²⁾ für die Begründung einer rechtssatzmäßigen Außenwirkung der Organisations-Verwaltungsvorschriften, nämlich der Hinweis auf die Rechtsprechung, die in der Tat bei der Annahme der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, die von einer unzu-

70) Gegen die Zulässigkeit einer solchen Transformation von Innenrechtssätzen in Außenrechtssätze auch Brunner, DÖV 69, 776

71) vgl. die Ausführungen oben zu VI 1 a

72) ähnlich Baedeker, Organisationsgewalt, S. 79, 120 f

ständigen Behörde erlassen worden sind, keinen Unterschied darin erblicken will, ob die Zuständigkeitsregelung in einem Außenrechtssatz enthalten ist, dessen Mißachtung - natürlich - auch im Außenverhältnis zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes führt, oder aber in einer Verwaltungsvorschrift, der bisher immer die Außenrechtswirkung bestritten wurde.

Richtig ist zunächst natürlich die Ausgangsthese Ossenbühls, daß die Zuständigkeitsregelungen - jedenfalls teilweise - nicht nur den Zwecken des Staates, sondern auch dem Schutze des Bürgers dienen. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt deshalb - darauf wird noch zurückzukommen sein⁷³⁾ - in gewissem Umfange sicherlich eine Verrechtlichung der Zuständigkeiten auch im Außenverhältnis. Insofern sind die Zuständigkeitsregelungen dann durchaus auch im Außenverhältnis rechtlich und nicht nur faktisch relevant. Wer jedoch meint, diese Verrechtlichung dadurch erzeugen zu können, daß er den Innenregelungen rechtssatzmäßige Außenwirkung zuerkennt, der übersieht den Außenrechtssatzvorbehalt⁷⁴⁾ und auch die übrigen in Art. 80 GG enthaltenen Rechtserzeugungsregeln für das Außenverhältnis. Der Hinweis darauf, daß die Rechtsprechung das schon immer so gemacht habe, vermag demgegenüber nicht zu verschlagen; denn diese Rechtsprechung hat sich doch wohl an den Rechterzeugungsregeln messen zu lassen, nicht die Rechterzeugungsregeln an der Rechtsprechung.

73) vgl. unten VII

74) Das wird bei Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S.510, auch ganz deutlich. Er kennt als allgemeinen, rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes nur den Eingriffsvorbehalt und kann deshalb annehmen, daß Art. 80 GG "nur die Regelung der dem Gesetzesvorbehalt (gemeint ist der Eingriffsvorbehalt) unterfallenden Materien" erfasse. - Die mangelnde Unterscheidung zwischen Eingriffsvorbehalt und Rechtssatzvorbehalt durch die h.L. dürfte wohl auch die entscheidende Ursache dafür sein, warum sich der Streit um den Vorbehalt des Gesetzes und - damit zusammenhängend - der um die Organisationsge-

Wenn man davon ausgeht, daß Außenrechtssätze nur gewohnheitsrechtlich oder auf Grund formell-gesetzlicher Ermächtigungen entstehen können, dann ist damit auch diese Rechtsprechung als unhaltbar gekennzeichnet. Außenrechtswirkungen können nun einmal nur von Außenrechtssätzen ausgehen. Insofern besteht durchaus eine logische Abhängigkeit. Auch das von Ossenbühl⁷⁵⁾ berufene und als unbestritten bezeichnete "Recht auf die zuständige Behörde" besteht nur und allein dann, wenn es von Außenrechtssätzen begründet worden ist. Es ist deshalb ein Zirkelschluß, von dem "Recht auf die zuständige Behörde" auf die Außenrechtsnatur der Verwaltungsvorschriften zu schließen. Genau umgekehrt hat die richtige Argumentation zu lauten: Nur wenn die Verwaltungsvorschriften Außenrechtssätze darstellen, sind sie auch in der Lage, das "Recht auf die zuständige Behörde" zu begründen.⁷⁶⁾ Wenn Außenrechtssätze aber nur unter bestimmten verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zur Entstehung gelangen können, dann sind Regelungen, die diese Voraussetzungen nicht beachten, auch nicht geeignet, Außenrechtswirkungen auszulösen.⁷⁷⁾

walt so sehr verwickelt hat. Erst wenn man diesen Unterschied macht, wird der Blick für eine dogmatisch saubere Lösung des Problems frei.

75) Verwaltungsvorschriften, S. 506; ders., DVBl 69, 528, vgl. auch Hess. StGH, DÖV 70, 133; sowie Brunner, DÖV 69, 777 mit zahlreichen Nachw. insbes. in Fn. 44, und Rasch, DVBl 70, 766 mit weiteren Nachw. in Fn. 12

76) vgl. auch Hamann, NJW 56, 4

77) A.A. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 76: "Eine bestimmte Rechtsform des Erlasses ist für diese Wirkung (gemeint ist Außenwirkung) nicht Bedingung, diese ergibt sich vielmehr aus dem Sachverhalt der Regelung selbst"; vgl. dazu auch Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 175

Die entscheidenden Weichen werden in der Tat, darin ist Ossenbühl⁷⁸⁾ durchaus zuzustimmen, bei der Auffassung vom Vorbehalt des Gesetzes gestellt. Nur eben nicht bei der Auffassung vom Eingriffsvorbehalt, sondern bei der Auffassung des von diesem zu unterscheidenden Rechtssatzvorbehaltes. Man braucht deshalb auch durchaus nicht, wie Ossenbühl⁷⁹⁾ meint, Anhänger eines "Totalvorbehaltes" zu sein, um aus Art. 80 GG Argumente gegen ein originäres Rechtsetzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis schöpfen zu können.

Liest man jedoch die von Ossenbühl⁸⁰⁾, Hans Klein⁸¹⁾ und Böckenförde⁸²⁾ genannten Entscheidungen durch, dann fällt auf, daß diese sich mit der Frage eines originären Rechtsetzungsrechtes der Exekutive im Außenverhältnis überhaupt nicht auseinandersetzen. Mit Ausnahme des Urteils des VGH Kassel⁸³⁾ setzen diese Urteile sich nicht einmal ausdrücklich mit der Frage auseinander, ob Verwaltungsakte auch in den Fällen wegen mangelnder Zuständigkeit rechtswidrig sind, in denen die Zuständigkeit lediglich in Verwaltungsvorschriften geregelt ist.⁸⁴⁾ Das wird dort lediglich stillschweigend unterstellt. Der VGH Kassel führt im Zusammen-

78) Verwaltungsvorschriften, S. 510

79) Verwaltungsvorschriften, S. 510, Fn. 131

80) Verwaltungsvorschriften, S. 506, Fn. 108

81) Festgabe für Forsthoff, S. 167, Fn. 35

82) Organisationsgewalt, S. 66, Fn. 14, 15

83) VGH Kassel, DVBl 59, 261 r Sp.

84) Bayer. VerfGH, VerwRespr. 3, 393 ff (398 f); Hess. VGH, ESVerfGH 10, 32; BVerfG, NJW 67, 1957 r; BayVBl 61, 214; VGH Stuttgart, DÖV 57, 508; weitere Nachweise bei Brunner, DÖV 69, 776, Fn. 37, 38; Ossenbühl, a.a.O., S. 514, sagt auch selbst, daß die Rechtsprechung die von ihm sog. "Außenwirkung kraft Inhalt und Funktion" gewisser organisatorischer Verwaltungsvorschriften bisher nicht erkannt und nur "unbewußt praktiziert" habe. Die Möglichkeit eines derogierenden Gewohnheitsrechtes scheidet bei dieser Sachlage ganz gewiß aus.

hang mit der Erörterung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes aus: "Daß sich die Zuständigkeit aus Verwaltungsvorschriften ergibt, ist unschädlich. Denn wenn eine Verteilung öffentlicher Mittel ohne unmittelbare Rechtsgrundlage möglich ist (Honnefer Modell), kann nicht verlangt werden, daß die Zuständigkeitsregelung für diese nicht normierte Verteilung normiert ist".

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Art der Deduktion haltbar ist.⁸⁵⁾ Auf jeden Fall wird daraus zu Unrecht gefolgert, daß eine Zuständigkeitsregelung in der Form von Verwaltungsvorschriften die gleichen Rechtswirkungen zeitige wie die in der Form von Außenrechtssätzen. Hierin liegt der entscheidende Fehler in der Ossenbühlischen Konzeption. Auch wenn wegen des Fehlens eines auch die Einzelfallregelung erfassenden Vorbehaltes des Gesetzes für die Zuständigkeitsregelungen die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden im Außenverhältnis in der Weise "geregelt" werden kann, daß sie sich im Außenverhältnis (!) erst ad hoc und konkret-individuell bei der Vornahme des Exekutivaktes ergibt, so kann daraus doch nicht gefolgert werden, daß die im Innenverhältnis vorhandenen abstrakt-generellen Regelungen in den Rang von Außenrechtssätzen aufrücken.

Im übrigen führt Ossenbühl seine Konzeption aber auch nicht konsequent durch. Abgesehen davon, daß seine Begründung dafür, warum nicht auch die anderen Verwaltungsvorschriften Außenwirkung haben, nicht zu überzeugen vermag,⁸⁶⁾ erkennt

85) Ähnlich bekanntlich das BVerfG E 8, 105 ff.; a.A. Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 147; überzeugend Köttgen, VVDStRL 16, 171 oben

86) In Verwaltungsvorschriften, S. 512 f, ebenso in DVBl 69, 528, spricht er davon, daß sich "generell feststellen" lasse, "daß Verwaltungsvorschriften immer dann die allgemeine Rechtsordnung ergänzen, wenn Gesetze eine Materie subsidiär regeln und eine vorrangige Ordnung durch Verwaltungsvorschriften zulassen, oder wenn das Gesetz selbst schon die Ausfüllung einer bewußt offen gelassenen Gesetzeslücke durch Verwaltungsvorschriften vor-

er auch den hier besonders interessierenden Zuständigkeitsregelungen keineswegs immer eine solche Außenwirkung zu. Er differenziert vielmehr zwischen den Zuständigkeitsvorschriften auf Organebene und denen auf Organwalterebene⁸⁷⁾, die er "intrabehördliche" Zuständigkeitsvorschriften nennt.⁸⁸⁾ Nur die ersteren sollen Außenwirkung haben.⁸⁹⁾ Eine Begründung dafür bleibt er jedoch schuldig.⁹⁰⁾ Sie

sieht". Wesentlich sei stets, daß "die allgemeine Rechtsordnung unvollständig, daß Gesetze ergänzungsbedürftig" seien.

87) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 513

88) Üblicherweise werden sie wohl Geschäftsverteilungsvorschriften genannt. Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 125, spricht von "Dienstsanweisungen" und "Organisationsplänen", vgl. auch ders., DÖV 57, 337

89) Ebenso Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 76 f, der die gegenüber Dritten wirksamen "Kompetenz- und Zuständigkeitsnormen der staatlichen Organe" den "innerbehördlichen Geschäftsverteilungsvorschriften" gegenüberstellt, die nur dann Außenwirkung haben sollen, wenn sie in die Außenrechtssatzform gekleidet, d.h., wenn sie "als Gesetz oder Rechtsverordnung erlassen" worden sind. Vgl. auch Rasch, DÖV 57, 337, mit weiteren Nachweisen in Fn. 1, sowie Baedeker, Organisationsgewalt, S. 134 f. Hier, bei den Geschäftsverteilungsvorschriften, wird also das Vorliegen einer (rechtssatzmäßigen) Außenwirkung zutreffend von der Beachtung der Außenrechtssatzform abhängig gemacht. Unerfindlich bleibt nur, warum das nicht auch für die übrigen Zuständigkeitsregelungen gelten soll.

90) In DVBl 69, 529, führt er zur "Begründung" aus: "weil die Behörde dem Bürger gegenüber als Einheit auftritt". Er benutzt also genau das Argument, das er selbst in bezug auf die Zuständigkeitsregelungen auf Organebene zu Recht als nicht überzeugend bezeichnet (Verwaltungsvorschriften, S. 264). Vgl. dazu auch oben III

läßt sich von seiner Konzeption her wohl auch schwerlich finden, wenn man nicht wiederum nur auf die Praxis der Gerichte verweisen will.⁹¹⁾

2. Faktische und rechtssatzmäßige Außenwirkung der Zuständigkeitsregelungen

Steht somit fest, daß der Exekutive ein originäres Rechtsetzungsrecht im Außenverhältnis nicht zukommt, so steht auch fest, daß es sich bei den Wirkungen, die von den Zuständigkeitsregelungen ausgehen, die lediglich in die Form der Verwaltungsvorschrift gekleidet worden sind, nicht um solche rechtlicher Natur, d.h. um Rechtssatzwirkungen mit berechtigendem oder verpflichtendem Effekt handeln kann, sondern im Außenverhältnis lediglich um Rechtsreflexwirkungen, d.h. um Wirkungen rein faktischer Art.

Ob ein Bürger sich in diesen Fällen wegen seiner Angelegenheit an diese oder eine andere Behörde wenden muß, ob und wie die Dienststunden geregelt sind,⁹²⁾ das ist deshalb für ihn keine Rechtsfrage, sondern eine rein faktische Angelegenheit. Er hat eben faktisch keine Aussicht auf Erfolg, wenn er sein Begehren einer Behörde vorträgt, die nach den in solchen Innenrechtssätzen getroffenen Zuständigkeitsregelungen nicht zuständig ist, oder wenn er außerhalb der in gleicher Form geregelten Dienststunden erscheint. Das bestreitet Ossenbühl.⁹³⁾ Er meint, es liege nicht nur im

91) So in bezug auf das Zeichnungsrecht in der Tat Baedeker, Organisationsgewalt, S. 139

92) Vgl. dazu Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 11 f, einerseits, Forsthoff, Lehrbuch, S. 405, andererseits

93) Verwaltungsvorschriften, S. 505; ders. ebenso in DVBl 69, 528

faktischen Interesse des Bürgers, sondern sei auch juristisch bedeutsam, daß er wisse, "welche von den vielen tausend Behörden, die über die ganze Bundesrepublik verstreut sind, für seinen Fall zuständig ist"; denn wenn er sich an eine unzuständige Behörde wende, werde er nicht die erstrebte Sachentscheidung erhalten, sondern allenfalls eine Abgabennachricht oder gar nur die Erklärung der Unzuständigkeit. Mit diesem Hinweis hat Ossenbühl treffend aufgezeigt, daß die Zuständigkeitsregelung und deren Kenntnis für den Bürger sehr wichtig sind. Den Beweis dafür, daß sie für ihn auch rechtlich relevant sind, ist er jedoch schuldig geblieben. Wo ist der Rechtssatz, für den diese Frage relevant ist? Der Rechtssatz, der dem Bürger den materiellen Anspruch gibt, um dessen Durchsetzung es ihm geht, ist es jedenfalls nicht, Dieser Rechtsanspruch bleibt durch die Regelung der Zuständigkeit unberührt. Für ihn ist es deshalb auch irrelevant, wenn sich der Bürger erfolglos an eine unzuständige Behörde wendet.

Es muß wiederholt werden: Nicht jede Wirkung, die das "Aussehen" oder den "Charakter" eines Rechtes modifiziert oder verändert, ist notwendig eine rechtliche, rechtssatzmäßige. Durch die Veränderung von Umweltbedingungen können die Nützlichkeit und der Wert eines Rechtes ganz entscheidend verändert werden, ohne daß deswegen diese Umweltbedingungen notwendig in den Schutzbereich des Rechtes einbezogen sein müßten. "Das Interesse, welches die einzelnen an den Einrichtungen der Verwaltung haben, kann möglicherweise ein sehr dringendes sein; aber deshalb braucht es nicht zum Recht gestaltet und als solches geschützt zu sein".⁹⁴⁾

94) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band II, 5. Aufl., S. 182

Die Rechte und Pflichten des Bürgers gegenüber dem Staat hängen in ihrer sozialen Bedeutung, insoweit ist Lutz Richter sicherlich zuzustimmen⁹⁵⁾, ganz entscheidend auch von der Gestaltung der organisatorischen Komponente ab. Das Aussehen der staatlichen Organisation hat für die Effizienz und Wirksamkeit dieser Rechte und Pflichten eine gewiß kaum zu überschätzende Bedeutung. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß es sich bei den von diesen organisatorischen Gestaltungen auf die materiellen Rechte und Pflichten der Bürger ausgehenden Wirkungen um solche rechtlicher Natur handele.⁹⁶⁾ Rechtlicher Natur sind diese Wirkungen nur dann, wenn die Rechtsordnung auch hinsichtlich der organisatorischen Gestaltung des Staates rechtliche, d.h. rechtssatzmäßige Garantien bereithält. Das ist jedoch weder im Bereich der Leistungs- noch in dem der Eingriffsverwaltung notwendig der Fall. Im Bereich der Leistungsverwaltung ist der Bürger vor den von einer willkürlichen Ausübung der Organisationsgewalt ausgehenden Gefährdungen

-
- 95) Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 12: "Für die Art der Ausübung staatlicher Rechte ist die Art des ausübenden Organs von entscheidender Bedeutung ... Im Verhältnis zwischen Staat und Beherrschtem ist nicht nur der äußerste Umfang der wechselseitigen Pflichten Gegenstand des Rechtssatzes, sondern auch ihr Inhalt, der aus der Art und Weise der Durchsetzung und damit aus der Art des zuständigen Organs seinen Charakter empfängt ... Im öffentlichen Recht hat die Organisation, in der der Staat auftritt, für das wirkliche Aussehen seiner Rechte und Pflichten entscheidende Bedeutung, und zwar kommt es dabei praktisch viel weniger auf die Gestaltung der obersten Organe, auf Verfassungsprobleme, an als auf die Formation und Wirkungsweise der Unterbehörden, mit denen der Bürger zu tun hat. Die Organisation des Staates ist sonach Rechtsfrage, nicht Sache bloßer Ausführung und Verwaltungstechnik. Die Regeln darüber sind Rechtssätze."
- 96) So aber Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 11: "Eine Änderung der staatlichen Organisation (berührt) immer auch die rechtliche Stellung der Bürger, sobald es sich um einen Zweig staatlicher Tätigkeit handelt, der nach außen hin überhaupt wirksam wird." Vgl. auch die vorige Fußnote.

der Effizienz seiner materiellen Rechte nur dann gesichert, wenn die Organisation des Staates auch in einem Außenrechtssatz rechtlich fixiert ist. Ist das nicht der Fall, dann erstrecken sich die Schutzwirkungen seiner materiellen Rechte auch nicht auf den organisatorischen Bereich der Staatstätigkeit. Das gleiche gilt auch für die eingreifende Tätigkeit des Staates. Es ist oben⁹⁷⁾ bereits nachgewiesen worden, daß der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes lediglich für die materielle, nicht dagegen auch für die organisatorische Komponente eine gesetzliche Ermächtigung verlangt, daß somit die von der Organisationsgewalt ausgehenden Gefährdungen des Bürgers aus den Schutzgarantien dieses verfassungsrechtlichen Außenrechtssatzes jedenfalls grundsätzlich ausgeklammert bleiben. Im organisatorischen Bereich der Eingriffsverwaltung ist es deshalb nicht anders als bei der Leistungsverwaltung: der Bürger ist vor einem Mißbrauch exekutiver Organisationsgewalt nur dann gesichert, wenn der Gesetzgeber von seinem Zugriffsrecht Gebrauch gemacht und die staatliche Organisation in einem Außenrechtssatz fixiert hat. In diesen Fällen sind dann - natürlich - auch alle Organisationsakte rechtlich relevant, soweit sie von der gesetzlichen Regelung erfaßt werden. Im übrigen, d.h. dort, wo es an solchen Außenrechtssätzen fehlt, geht es aber nicht an, die von den organisatorischen Gestaltungen auf die materiellen Rechte und Pflichten ausgehenden Wirkungen zu solchen rechtlicher Natur hochzustilisieren.

Forsthoff⁹⁸⁾ hat deshalb Lutz Richter durchaus zu Recht eine *petitio principii* vorgeworfen, wenn er daraus, daß der Bürger ein rechtliches Interesse daran nehme, ob das Finanzamt im Innern oder an der Peripherie der Stadt gelegen sei,

97) Vgl. die Ausführungen zu III: "Eingriffsvorbehalt und Zuständigkeitsregelungen"

98) Lehrbuch, S. 405 f

... eine obrigkeitliche Anordnung vom Chef der Behörde oder von irgendeinem untergeordneten Beamten gezeichnet werde, ob die Post ihre Schalter um 17 oder 18 Uhr schließe, folgert,⁹⁹⁾ daß derartige Regelungen dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen; denn - so Forsthoff - "es ist nicht einzusehen, warum dieses Interesse ein rechtliches und nicht lediglich tatsächliches sein soll. Ein rechtliches Interesse dürfte nur dann angenommen werden, wenn dem Bürger nach dieser Richtung rechtssatzmäßig bestimmte Garantien gegeben wären. Solche Garantien sollen aber durch die angestellten Erwägungen erst geschaffen werden".

Für die hier besonders interessierenden Zuständigkeitsregelungen verfällt Forsthoff jedoch in genau den Lutz Richter vorgeworfenen Fehler.¹⁰⁰⁾ Aus der Tatsache, daß die Zuständigkeitsregelungen "nach außen wirksam werden", folgert Forsthoff, daß es sich "um die Schaffung allgemeinverbindlichen Rechtes" (gemeint ist Außenrecht) handele. Aus der als rechtlich mißverstandenen, tatsächlich jedoch nur faktischen Außenwirkung wird die (Außen-)Rechtssatzzeigenschaft gefolgert.¹⁰¹⁾

Es besteht entgegen Forsthoff jedoch kein Unterschied zwischen den zitierten Organisationsakten und der Zuständigkeitsregelung. Auch sie hat nur dann rechtliche Relevanz im Außenverhältnis, wenn ein Außenrechtssatz sich ihrer angenommen hat. In allen anderen Fällen sind auch die von den

99) Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 11 f

100) Forsthoff, Lehrbuch, S. 410

101) Baedeker, Organisationsgewalt, S. 37, hält Forsthoff zutreffend entgegen, daß er sich damit von Anschütz, auf den er sich ansonsten stütze, entfernt habe. Anschütz habe Außenwirkung nur dort angenommen, wo subjektive Rechte oder Pflichten der Untertanen begründet würden; Meyer-Anschütz, Reichsstaatsrecht, S. 671, Fn.5; vgl. auch die Ausführungen oben bei Fn. 42 ff

Zuständigkeitsfestlegungen ausgehenden Wirkungen ebenso wie bei der Dienststundenregelung, bei der Regelung des Zeichnungsrechtes oder bei der Behördensitzbestimmung lediglich faktischer Natur, so daß von daher nicht auf das Vorliegen eines Außenrechtssatzes¹⁰²⁾ und weiter auch nicht auf das Unterfallen der Zuständigkeitsregelungen unter den (Rechtsatz-)Vorbehalt des Gesetzes geschlossen werden kann.¹⁰³⁾

Diese Unterscheidung zwischen rechtlicher und bloß faktischer Außenwirkung ist an sich nicht einmal neu und wird sogar von der heute herrschenden Lehre getroffen.¹⁰⁴⁾ Nur

102) So außer Lutz Richter insbes. auch Obermayer, Staats- u. Verwaltungsrecht in Bayern, S. 208, Fn.5, sowie derselbe in "Verwaltungsakt u. innerdienstlicher Rechtsakt", S. 118, 121 f u. in JZ 56, 626. Ebenso Spanner, DÖV 57, 642; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 130 ff, 137: Aus der Tatsache, daß organisatorische Regelungen für den Bürger "nicht gleichgültig" seien, daß die örtliche Zuständigkeit für den Bürger "wichtig zu wissen" sei, folgert er deren Rechtsnatur. Vgl. weiter auch Zippelius, Allgemeine Staatslehre, S. 187; Kopp, DÖV 65, 267; Brunner, DÖV 69, 776; sowie die in Fn.1 Genannten. Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 66, bezeichnet das gar als "logisch zwingend".

103) Forsthoff, Lehrbuch, S. 410, tut letzteres freilich auch nicht. Er bezeichnet die Zuständigkeitsregelungen, die sich auf das Tätigwerden von Behörden nach außen beziehen, zwar als Rechtsverordnungen, betont in Fn.5 aber, daß "Rechtsverordnungen dieser Art" keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen. Forsthoff bejaht also im Bereich der Zuständigkeitsregelungen das hier abgelehnte originäre Rechtsetzungsrecht der Exekutive im Außenverhältnis. Von Ossenhühl unterscheidet er sich nur dadurch, daß er diese Zuständigkeitsregelungen nicht als Verwaltungsvorschriften, sondern als Rechtsverordnungen bezeichnet.

104) So unterscheidet etwa Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 93 f, Fn. 17, zwischen den von den Organisationsmaßnahmen ausgehenden "unmittelbaren Berührungen des Rechtskreises des Einzelnen" und den "mittelbaren Auswirkungen tatsächlicher Art", wie sie etwa von der Dienststundenregelung und der Lagebestimmung der Behörden ausgehen. Ähnlich auch Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 130 f

ist die Grenzscheide zwischen rechtlicher und faktischer Außenwirkung seit Laband, der sie noch zutreffend dort zog, wo dem Bürger rechtssatzmäßige Garantien organisatorischer Art gegeben waren,¹⁰⁵⁾ immer mehr in den Bereich der faktischen Außenwirkung hineinverlagert worden, so daß heute auch solche Außenwirkungen als rechtlich relevant angesehen werden, bei denen sich der Rechtssatz, aus dem sich die rechtliche Relevanz ergeben müßte, nicht mehr finden läßt. Dem so entstandenen Begriff der "rechtlichen" Außenwirkung wirft Ossenbühl durchaus zutreffend vor, daß er "nebulös"¹⁰⁶⁾ und "unscharf"¹⁰⁷⁾ sei. Er ist in der Tat unverwertbar, weil er übersieht, daß rechtliche Wirkungen nur dort sein können, wo auch rechtliche Garantien sind.

105) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band II, 5. Aufl., S. 182 f; vgl. auch die Ausführungen oben bei Fn. 40 ff

106) Verwaltungsvorschriften, S. 484

107) a.a.O., S. 503

VIII. Zugriffspflicht des Gesetzgebers

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, daß die Zuständigkeitsregelungen auf Bundesebene nicht notwendig der Form eines Außenrechtssatzes bedürfen. Zwar besagt der Rechtssatzvorbehalt, daß die Zuständigkeiten, wenn sie auch im Außenverhältnis verrechtlicht werden sollen, eines Außenrechtssatzes bedürfen, es besteht jedoch nicht die Notwendigkeit hierzu. Vielmehr kann sich die Exekutive auch darauf beschränken, die Zuständigkeiten lediglich im Innenverhältnis zu verrechtlichen, und zwar deswegen, weil es jedenfalls auf Bundesebene im Bereich des Organisationsrechtes ebenso wie bei den "Verhaltensnormen" der Leistungsverwaltung keinen Vorbehalt des Gesetzes gibt, der das Vorhandensein eines Außenrechtssatzes zur Voraussetzung der Zulässigkeit einer exekutiven Tätigkeit macht.

Hieran knüpft sich sowohl für das Organisationsrecht wie für die Leistungsverwaltung die eigentlich entscheidende Frage, ob es aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzipes erträglich ist, wenn derart bedeutungsvolle Zweige staatlicher Tätigkeit nur im Innenverhältnis rechtlich geregelt sind, im Außenverhältnis aber ein rechtsfreier Raum besteht, der allenfalls vermittels der auf Art. 3 GG gestützten Selbstbindungskonstruktion¹⁾ oder durch im Laufe der Zeit entstehendes Gewohnheitsrecht notdürftig verrechtlicht wird. Jedenfalls ab einer gewissen Intensität der Berührung der Bürgersphäre (wobei auch die Zeitkomponente eine Rolle spielen dürfte) wird man aus dem Rechtsstaatsprinzip wohl das Postulat ableiten müssen, daß der konkrete Zweig der Leistungsverwaltung oder der organisatorischen Betätigung des Staates auch im Außenverhältnis zu verrechtlichen ist, daß sich

1) vgl. hierzu die Ausführungen unten IX

also das Zugriffsrecht des Gesetzgebers in eine Zugriffspflicht verwandelt.

Eine weitere Frage ist es ferner, ob dieses Postulat dann, wenn in einer den Bürger besonders stark berührenden Angelegenheit (Honnefer Modell?) nach langer Zeit noch immer keine Verrechtlichung erfolgt ist, nicht sogar in ein Verbot solcher Art der Staatstätigkeit ohne vorherige gesetzliche Regelung "umschlagen" kann, so daß sich also das Zugriffsrecht über die Zugriffspflicht zu einem Vorbehalt des Gesetzes verdichtet. Diesen Fragen soll im nachfolgenden nachgegangen werden.

1. Rechtsstaatsprinzip und Zuständigkeitsregelungen

Wenn die Aufgabe des Rechtsstaates darin besteht, "die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechtes genau (zu) bestimmen und unverbrüchlich (zu) sichern"²⁾, dann heißt das, daß der Rechtsstaat sich eben nicht darauf beschränken darf, die materielle Seite seiner eingreifenden Tätigkeit zu verrechtlichen, wozu er durch den Eingriffsvorbehalt des Gesetzes ohnehin gezwungen wird, sondern daß auch die anderen "Bahnen" staatlicher "Wirksamkeit", also die leistende und organisatorische Tätigkeit des Staates, zu verrechtlichen, d.h. durchzunormieren sind, "damit der Vorrang des Rechtes und die auf ihn bezogenen Rechtsschutzgarantien wirksam werden können".³⁾

2) So die bekannte Definition des Rechtsstaates durch Fr.J. Stahl, Rechts- und Staatslehre, 5.Aufl., Tübingen 1878, II, S. 137

3) Rupp, Grundfragen, S. 117, Fn. 31.
Wenn Hans Klein, Festgabe für Forsthoff, S. 184, meint, daß es "im sozialen Rechtsstaat nicht anders denkbar" sei, als daß "auf Leistungen, die der Staat ob auf gesetzlicher Grundlage oder nicht zu gewähren sich einmal

Freilich heißt das nicht notwendig, daß es in jedem Falle einer Verrechtlichung im Außenverhältnis bedarf. Hat man auch das sog. Innenverhältnis als ein Rechtsverhältnis erkannt, und darum kommt man heute wohl nicht mehr herum, dann stellt sich durchaus die Frage, ob diesem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verrechtlichungsgebot nicht auch eine Verrechtlichung im Innenverhältnis mit den dort freilich ganz anders gearteten Rechtserzeugungsregeln genügt. Nicht notwendig fließt aus dem Verrechtlichungsgebot der von Forsthoff - freilich in etwas anderem Zusammenhang⁴⁾ - erwähnte "verfassungsmäßige Zwang zur Gesetzgebung". Dort jedoch, wo die staatliche Tätigkeit - sei sie leistender oder organisatorischer Art - auch die Sphäre des Bürgers berührt, genügt eine solche Verrechtlichung im Innenverhältnis nicht, sondern es ist auch eine Verrechtlichung der Beziehungen des Staates zum Bürger erforderlich.

2. Eine Gefährdung der Freiheit des Bürgers ist auch durch den Mißbrauch der Organisationsgewalt möglich

Die Erfahrung lehrt, daß auch und sogar in erheblichem Umfange durch die Art der Zuständigkeitsregelungen Machtmiß-

entschlossen hat, regelmäßig auch ein Anspruch des jeweils Begünstigten bestehen" müsse, so ist dem wegen des im Text erörterten Verrechtlichungsgebotes sicherlich zuzustimmen. Wenn er jedoch fortfährt, daß "auch der Gesetzgeber ... dieses Recht nicht auszuschließen" (vermag), so liegt dem die unzutreffende Vorstellung zugrunde, daß das Recht des Bürgers auch ohne das Tätigwerden des Gesetzgebers bereits bestehe. Das ist jedoch nicht der Fall. Insbesondere das Sozialstaatsprinzip vermag - von Extremfällen abgesehen - solche Ansprüche des Bürgers nicht zu begründen. Es geht deshalb auch nicht darum, ob der Gesetzgeber Rechte auszuschließen vermag, sondern darum, daß sein Tätigwerden erforderlich ist, damit Rechte überhaupt erst entstehen. Vgl. dazu die Ausführungen oben zu IV 3

4) Lehrbuch, S. 11

brauch⁵⁾ getrieben und das Sicherheitsbedürfnis des Bürgers gefährdet werden kann. Die größte Gefahr liegt dabei, und das ist das Besondere hieran, in dem gänzlichen Unterlassen einer Zuständigkeitsregelung oder aber in der Anordnung von Überschneidungen und parallelen Zuständigkeiten verschiedener Verwaltungsorgane. Dies hat Forsthoff⁶⁾ zu dem Hinweis veranlaßt, daß "das ganze System rechtsstaatlicher Mäßigung der Hoheitsfunktionen ins Wanken (komme), wenn die im Behörden-Organisationsrecht geregelte Verteilung der Staatsfunktionen auf die zuständigen Behörden dadurch verändert (werde), daß gesetzlich nicht vorgesehene Verbindungen solcher Funktionen hergestellt werden, was eine Potenzierung der Staatlichkeit zur Folge" haben müsse.

So ist es etwa auch ein bewährtes und insbesondere im Dritten Reich zu beobachtendes Mittel staatlicher Machtentfaltung gewesen, die staatlichen Kompetenzen im Innen- wie im Außenverhältnis ungeklärt und undurchsichtig zu lassen.⁷⁾ Dadurch wurde bewirkt, daß einerseits im Außenverhältnis jeder kleine Funktionär als Träger aller exekutiven Staatsgewalt mit entsprechender Macht und entsprechendem Achtungsanspruch auftrat und daß andererseits im Innenverhältnis die Aufteilung der Macht dem persönlichen und institutionellen Machtkampf vorbehalten und damit letztlich der Willkür, Skrupellosigkeit und dem Machtwillen der Spitzenfunktionäre anheim gegeben blieb.⁸⁾

Herbert Krüger⁹⁾ führt zum gleichen Problem aus: "Da Unklar-

5) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 72 I a 2, IV a 1

6) Lehrbuch, S. 94

7) Vgl. hierzu Peter Diehl-Thiele, Partei und Staat im Dritten Reich, sowie dazu die Besprechung von Bachof, DÖV 70, 69

8) vgl. auch Wolff, a.a.O., und Hesse, Grundzüge, S. 8

9) Herbert Krüger, Staatslehre, S. 108

heit der Zuständigkeiten einen Machtzuwachs für dasjenige Staatsorgan bedeutet, das diese Frage zu entscheiden hat, greifen herrschaftsfreudige Staatsmänner gelegentlich zu dem Stratagem, bewußt eine Mehrheit von Zuständigkeiten für dieselbe Art von Angelegenheiten zu schaffen, um deren Träger gegeneinander ausspielen und dadurch ihre Macht steigern zu können. Vom Standpunkt des Bürgers aus gesehen ist die Einzigkeit der Zuständigkeit die entscheidende Voraussetzung für Rechtssicherheit und Sachlichkeit. Hier kann kein Zweifel daran bestehen, wohin er sich wegen einer bestimmten Sache zu wenden hat, und er braucht vor allem nicht zu befürchten, daß seine Sache von einem ad hoc bestellten Amtsträger entschieden wird. Die Zuständigkeit und ihre Einzigkeit sind daher nicht nur Charakteristika des modernen Staates, sondern vor allem auch Essentialien des Rechtsstaates".

Es ist also keineswegs so, daß eine Gefährdung des Bürgers lediglich von der materiellen Seite der Staatstätigkeit - sei sie eingreifender oder sei sie leistender Natur -, nicht aber auch von deren formellen und d.h. vor allem¹⁰⁾ organisatorischen Seite ausginge. Macht übt auch die Organisationsgewalt aus, und wo Macht ist, da ist auch Machtmißbrauch und damit auch eine Gefahr für den betroffenen Bürger. Die Zuständigkeitsregelungen liegen deshalb auch durchaus nicht nur im Interesse des Staates, sondern auch in dem des Bürgers.¹¹⁾

10) als die andere formelle Seite der Staatstätigkeit ist hier die verfahrensrechtliche gemeint

11) So auch Forsthoff, Lehrbuch, S. 226; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 132, 161; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 505; Obermayer, JZ 56, 626, jeweils mit Nachw.; Hess. VGH, ESVGH 10, 26

3. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt Verrechtlichung
auch im Außenverhältnis

Vor den in dieser Macht liegenden Gefahren kann der Bürger allein durch das Recht geschützt werden. Nur das Recht vermag dem Bürger das so oft und durchaus mit Grund berufene "Recht auf die zuständige Behörde" zu geben, das ihn vor den Gefahren einer mißbräuchlichen Zuständigkeitsregelung schützt. Darin liegt aber auch gerade der Sinn und die Aufgabe des Rechtsstaatsprinzipes, daß es den Bürger durch "Verrechtlichung" vor Machtmißbrauch und Willkür schützen will. Die Antwort auf die oben gestellte Frage lautet deshalb dahin, daß es das Rechtsstaatsprinzip nicht erträgt, daß die Zuständigkeiten lediglich im Innenverhältnis rechtlich geregelt sind, sondern daß es auch im Außenverhältnis verlangt, daß die von den Innenrechtssätzen ausgehenden Rechtsreflexe auf die Ebene des Rechts angehoben, daß also die Zuständigkeiten auch im Außenverhältnis "verrechtlicht" werden.¹²⁾ Der Gesetzgeber muß sich der Materie der Zuständigkeitsregelungen mit faktischer Außenwirkung annehmen, damit diese in einer dem Rechtsstaatsprinzip entsprechenden Art und Weise verrechtlicht werden. Das dem Gesetzgeber unstreitig zustehende, von Böckenförde¹³⁾ sog. "Zugriffsrecht des Gesetzgebers auf die Organisationsgewalt" verwandelt sich in eine Zugriffspflicht; das Rechtsstaatsprinzip erweist sich als Standort eines neuen Gesetzgebungsauftrages.

-
- 12) Ähnlich betont auch Kötting, VVDStRL 16, 179, "mit Nachdruck", "daß der Rechtsstaat sicherlich in gewissen Grenzen auch ein legal fixiertes Organisationssystem erfordert", und Obermayer, JZ 56, 626: "Im Rechtsstaat muß jedermann wissen, welche Behörde ihm gegenüber zur Vornahme eines bestimmten Hoheitsaktes berechtigt und verpflichtet ist"; vgl. auch Rupp, Grundfragen, S. 91; Stern, Bay.VBl 60, 181; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 255; und Böckenförde, Organisationsgewalt, S.301, der von einem "rechtsstaatlichen Erfordernis" spricht.
- 13) Böckenförde, Organisationsgewalt, S.103 ff. Vgl. auch die Ausführungen oben unter Ziff.I

Dieser Gesetzgebungsauftrag bindet zwar nicht, wie es ein Vorbehalt des Gesetzes tun würde, eine bestimmte Art der Exekutivtätigkeit an das Erfordernis einer vorherigen gesetzlichen Ermächtigung, sondern er verpflichtet nur den Gesetzgeber, diese Staatstätigkeit zu verrechtlichen. Mißachtet der Gesetzgeber den Gesetzgebungsauftrag jedoch fortwährend, dann vermag der Gesetzgebungsauftrag irgendwann auch in das Verbot der zu verrechtlichenden Tätigkeit umzuschlagen. Der Gesetzgebungsauftrag erlangt dann denselben Effekt wie ein Vorbehalt des Gesetzes: es bedarf einer vorherigen gesetzlichen Regelung, ehe eine Fortsetzung der Staatstätigkeit zulässig wird.

Das Rechtsstaatsprinzip ist auch in dieser Komponente primär eine Rechtseinrichtung zum Schutze des Bürgers. Den Schutz des Bürgers könnte das Rechtsstaatsprinzip jedoch dann nicht wirksam übernehmen, wenn es lediglich ein Verrechtlichungsgebot für den Gesetzgeber aufstellen würde, nicht aber auch eine Sanktion parat hielte für den Fall, daß der Gesetzgeber das an ihn gerichtete Gebot mißachtet. Diese Sanktion besteht in dem möglichen Umschlag des Verrechtlichungsgebotes in ein Verbot der entsprechenden Staatstätigkeit. Freilich wird der Umschlag im Bereich der Eingriffsverwaltung eher erfolgen als im Bereich der Leistungsverwaltung, und zwar deswegen, weil der Schutz des Bürgers im Bereich der ersteren weit mehr und eher nach einer Verrechtlichung auch der Zuständigkeiten verlangt als im Bereich der letzteren. Der Umschlag kann aber auch im Bereich der Leistungsverwaltung erfolgen, wenn der Gesetzgeber wie etwa im Fall des Honnefer Modells eine Regelung nicht nur der Zuständigkeiten, sondern (sogar) auch der Verhaltensnormen im Außenverhältnis fortwährend unterläßt.

Rupp¹⁴⁾ geht davon aus, daß eine leistende Tätigkeit ohne

14) Grundfragen, S. 115 ff

gleichzeitige Verrechtlichung von vornherein unzulässig ist. Bei ihm entsteht der die Leistungsverwaltung erfassende Vorbehalt des Gesetzes deshalb auch nicht durch die "Verdichtung" des Zugriffsrechtes, sondern er besteht unabhängig davon wegen und auf Grund der Unmöglichkeit rechtsfreier Exekutivtätigkeit, und der Weg zu ihm führt über eine Umfunktionierung des in der konstitutionellen Klausel enthaltenen Freiheitsbegriffes.¹⁵⁾

Damit dürfte das Rechtsstaatsprinzip jedoch überstrapaziert werden. Ein totales Verbot rechtlich (im Außenverhältnis) nicht geregelter Exekutivtätigkeit wird man ihm wohl nur dann entnehmen können, wenn man zuvor den Totalvorbehalt des Gesetzes in das Rechtsstaatsprinzip hineinprojiziert. Dann läuft aber die Deduktion aus dem Rechtsstaatsprinzip auf nichts anderes als auf eine *petitio principii* hinaus. Nach Auffassung der vorliegenden Arbeit trifft das Rechtsstaatsprinzip in bezug auf die Leistungsverwaltung und auch auf die staatliche Organisation nur die Aussage, daß der Bürger vom Recht dann nicht im Stich gelassen werden darf, wenn die Leistungsverwaltung oder die staatliche Organisation für ihn brisant werden, wenn diese sich zu einer Freiheitsgefährdung für den Bürger auswachsen.¹⁶⁾

15) Grundfragen, S. 141 ff; vgl. dazu die Ausführungen oben unter IV

16) "Freiheit" hier freilich in einem höheren Sinn verstanden als in dem der konstitutionellen Formel, ähnlich dem Freiheitsbegriff Rupps, Grundfragen, S. 142

4. Sanktionen gegen die Verletzung des Verrechtlichungsgebotes

Man könnte dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Verrechtlichungsgebot und seiner Verdichtung zu einem Vorbehalt des Gesetzes freilich entgegenhalten, daß dadurch wenig gewonnen werde, weil dann zwar eine leistende oder organisierende Tätigkeit der Exekutive ohne vorherige gesetzliche Ermächtigung unzulässig werde, weil der Gesetzgeber aber auch dann immer noch nicht gezwungen werden könne, die erforderlichen Gesetze zu erlassen.¹⁷⁾ Dieses Argument übersieht, daß sich aus politischen Gründen kein Parlament auf die Dauer weigern könnte, das aus rechtsstaatlichen Gründen erforderliche Instrumentarium für die Erfüllung der aus dem Sozialstaatsprinzip fließenden Verpflichtungen zu schaffen. Wenn nur von der Wissenschaft und Rechtsprechung dem Gesetzgeber genügend klar gemacht wird, daß das Rechtsstaatsprinzip eine Verrechtlichung der leistenden und der organisatorischen Tätigkeit des Staates verlangt und daß das Rechtsstaatsprinzip unter Umständen auch zu einem Verbot dieser Tätigkeiten ohne gleichzeitige gesetzliche Regelung umschlagen kann, dann wird auch der Gesetzgeber sich aus politischen Gründen nicht länger sperren können, das von ihm Geforderte zu tun. Versagen wird er sich nur dann, wenn er wie im Fall des Honnefer Modells sieht, daß es sehr wohl auch ohne ihn geht. Es ist zwar richtig, daß unsere Rechtsordnung nur wenig Möglichkeiten kennt, um den Gesetzgeber zu zwingen, die von ihm von der Verfassung geforderten Gesetze zu schaffen. Hier liegt das Problem der Gesetzgebungsaufträge. Die Verfassung hat jedoch aus gutem Grunde auf solche rechtlichen Zwangsmöglichkeiten verzichtet zu können geglaubt, weil sie - gewisser-

17) ähnlich Hans Klein, Festgabe für Forsthoff, S. 185; vgl. auch Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S.96, und Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 217 f

maßen als Ersatz dafür - die auf das Parlament und damit den Gesetzgeber politisch einwirkenden Zwänge in Rechnung stellen konnte.

5. Materielle Verrechtlichung und richterliche Überprüfbarkeit

Dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Gebot der Verrechtlichung der Zuständigkeiten kann auch nicht entgegengehalten werden, daß wegen Art. 19 Abs. 4 GG und wegen der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel (§ 40 VwGO) "die Bedeutung der gesetzlichen Verwaltungsbehörde für den rechtsstaatlichen Vollzug wesentlich geringer geworden" sei.¹⁸⁾ Weber fügt dem noch hinzu: "Wenn ich gegen jeden Verwaltungsakt zurückgreifen kann auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, dann ist es rechtsstaatlich nicht mehr wichtig, daß es gerade die so oder so organisierte Behörde ist, die diesen Akt mir zufügt". Ebenso auch das Bundesverfassungsgericht¹⁹⁾, das meint, daß wegen der in allen Fällen möglichen gerichtlichen Nachprüfbarkeit "die Rechtsschutzerwägungen, die früher für die justizförmige Ausgestaltung der Verwaltungsverfahrens- und Zuständigkeitsregelung angeführt werden konnten, heute an Bedeutung verloren" hätten. Sogleich danach heißt es dann freilich, das Gesagte sichtlich einschränkend: "Eine bei der gerichtlichen Überprüfung etwa festgestellte Verletzung von allgemeinen Verwaltungsvorschriften hat in der Regel die gleiche Auswirkung wie eine festgestellte Verletzung von Rechtsnormen über diese Fragen". Die Betonung muß dabei liegen auf "in der Regel", und bei genauer Betrachtung ist auch das noch unzutreffend.

18) So Weber, VVDStRL 16, 244 (Diskussionsbeitrag)

19) BVerfG E 8, 168

Da - wie erörtert - Verwaltungsvorschriften keine rechtliche Außenwirkung haben, können Richter die Verwaltungsvorschriften nur im Rahmen der Selbstbindungskonstruktion überprüfen und daran die formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes messen. Die so bewirkte Rechtsbindung reicht aber bei weitem nicht aus, um dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verrechtlichungsgebot zu genügen.²⁰⁾

Diese Argumentation ist aber auch im übrigen unzutreffend. Sie übersieht, daß die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes zwei Seiten hat, eine materielle oder inhaltliche und eine formelle, was im übrigen auch nahezu unstrittig ist²¹⁾ und selbst von der umstrittenen Vorschrift des § 36 EVwVerfG 1963 nicht bezweifelt wird, die nämlich nur die Aufhebbarkeit, nicht aber auch die Rechtswidrigkeit im Falle der Verletzung lediglich formeller Vorschriften beseitigen will. Aus der Tatsache, daß die materielle Seite der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes im vollen Umfange (die Problematik des Ermessens und des Beurteilungsspielraumes mag ausgeklammert bleiben) und in allen Fällen überprüfbar geworden ist, lassen sich deshalb die gezogenen Schlüsse auf die angeblich mindere Bedeutung der Verfahrensregelung und der organisatorischen Seite des Verwaltungsaktes nicht rechtfertigen. Auch wenn die Überprüfung der materiellen Seite nunmehr perfektioniert worden ist, besagt das nichts dagegen, daß auch durch die Gestaltung des Verfahrens- und Organisationsrechtes Macht (und Machtmißbrauch) ausgeübt wird und daß dem Bürger auch von dieser Seite - wenn auch nicht im gleichen Maße - Gefahren drohen und daß deshalb auch das Verfahrens- und Organisationsrecht unter dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verrechtlichungsgebot steht.

20) Vgl. dazu die Erörterungen unten unter IX

21) Vgl. z.B. Forsthoff, Lehrbuch, S. 221 f

Sofern diese Einwände jedoch dahin zu verstehen sein sollten, daß die durch Art. 19 Abs. 4 GG und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel gewährleistete Überprüfbarkeit auch der verfahrensrechtlichen und organisatorischen Seite eines Verwaltungsaktes eine Verrechtlichung dieser Materien überflüssig machen sollte, wäre dem entgegenzuhalten, daß auch der Richter Maßstäbe braucht,²²⁾ an denen er seinen Rechtsspruch orientieren kann, anderenfalls nur die Dezi- sion der Exekutive durch die des Richters ersetzt würde. Die Überprüfbarkeit vermag deshalb die Verrechtlichung nicht zu ersetzen.

6. Die Notwendigkeit organisatorischer Elastizität der Exekutive steht nicht entgegen

Weiter kann dem auch nicht das so oft gehörte Argument²³⁾ entgegengehalten werden, daß die Notwendigkeit einer genü- genden Elastizität der Exekutive im organisatorischen Be- reich einer Verrechtlichung des Außenverhältnisses entge- genstehe: Einmal beweist schon das Beispiel jener Länder, bei denen das Organisationsrecht sogar unter einem Vorbe- halt des Gesetzes steht, ohne daß dadurch die befürchtete Strangulierung der Exekutive oder Überforderung des Gesetz- gebers²⁴⁾ eingetreten wäre, daß die Zuständigkeiten sehr

22) Vgl. auch Ermacora, VVDStRL 16, 234, und Obermayer, DVBl 59, 355 r. unten; Rupp, Grundfragen, S. 128, Fn. 56; gegen dieses Argument auch schon R. Thoma, Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 210

23) So z.B. BVerfG E 8, 168 f; Forsthoff, Lehrbuch, S. 406; Köttgen, VVDStRL 16, 177; Ossenbühl, Verwaltungs- vorschriften, S. 265 m.w.N. in Fn. 91, sowie auf S. 510, 511

24) darauf stellt vor allem das BVerfG, a.a.O., ab

wohl auch unter Aufrechterhaltung der genügenden Beweglichkeit und Anpassungsfähigkeit vergesetzlicht werden können. Zum anderen ist es aber auch unbestritten, daß der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 Abs.1 Satz 2 GG insofern flexibel ist, als er eine Anpassung an das Maß der Gefahr gestattet, die von der jeweiligen Materie ausgeht, die durch die Rechtsverordnung geregelt werden soll. Von den Zuständigkeitsregelungen geht nun zwar - wie erörtert - auch eine Gefahr für den Bürger aus, diese Gefahr ist aber doch weit geringer als etwa im Bereich des materiellen Eingriffsrechtes. Entsprechend geringer ist dann auch das Maß der erforderlichen Bestimmtheit einer gesetzlichen Ermächtigung zur Regelung durch die Exekutive in der Form einer Rechtsverordnung.

Im übrigen ist es aber auch durchaus bestreitbar, ob die Exekutive gerade im Bereich des Organisationsrechtes ein höheres Maß an Beweglichkeit benötigt als im Bereich des materiellen Rechtes, d.h. im Bereich der "Verhaltensnormen". Ohne daß darauf näher eingegangen werden soll, scheint es doch so, als ob gerade die Materie der staatlichen Organisation viel eher ein gewisses Maß an Starrheit und Unbeweglichkeit erträgt, als die Regelungen der "Verhaltensnormen."²⁵⁾ Selbst wenn dem aber nicht so sein sollte, so muß doch immer beachtet werden, daß sich alle Notwendigkeit der Beweglichkeit zu messen lassen hat an den Postulaten des Rechtsstaates und daß letztere durchaus gewisse Beschneidungen der Beweglichkeit bewirken können. Es liegt auf der Hand, daß ein Rechtsstaat durch die Bindung an das Recht gewisse Verzichtse in bezug auf seine Effektivität und Beweglichkeit leisten muß.

25) vgl. dazu Rübner, Formen der öffentlichen Verwaltung, S. 227 ff; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 95; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 92 ff

7. Abstufungen des Verrechtlichungsgebotes

Richtig ist allerdings, daß das aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende Verrechtlichungsgebot nicht auf allen Gebieten des Organisationsrechtes und auch nicht in allen Bereichen der Zuständigkeitsregelungen eine gleich starke Sprache spricht. Aus dem telos des Rechtsstaatsprinzipes, das mit der Unterwerfung der Staatsgewalt unter das Recht vor allem den Schutz des Bürgers bezweckt, folgt vielmehr, daß das Maß des Verrechtlichungserfordernisses in direkter Abhängigkeit steht zu dem Maß, in dem von der jeweiligen Zuständigkeitsregelung Gefahren für die Sphäre des Bürgers ausgehen. Dieses Maß hängt aber wiederum ab von der Materie, auf die sich die Zuständigkeitsregelung bezieht.²⁶⁾ So liegt es etwa auf der Hand, daß für den Bürger die Bedeutung der Zuständigkeitsregelung im Bereich der Eingriffsverwaltung weit gewichtiger ist als in denjenigen Bereichen der sog. "Daseinsvorsorge", denen es an der unmittelbaren Außenwirkung im Verhältnis zum Bürger fehlt, wie z.B. bei der wirtschaftlichen Globalsteuerung oder - noch deutlicher - bei der rein forschenden Tätigkeit des Staates (z.B. Betrieb eines Luftfahrtforschungsinstitutes).²⁷⁾ Es kommt also auf das Ob und das Maß der faktischen (!) Außenwirkung der zu regelnden Materie und der sich hierauf beziehenden Zuständigkeitsregelung an. Darum ist Lutz Richter auch durchaus zuzustimmen, wenn er auf die Außenwirkung der Organisationsregelung abstellt. Es kann nur unterstrichen werden, wenn es bei Lutz

26) Dies erkennt im Prinzip auch Baedeker, Organisationsgewalt, S. 108, 111, 118

27) ebenso im Ergebnis Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 16 f., der als weiteres Beispiel die Verlegung der Infanterieschule von München nach Dresden erwähnt. Vgl. auch Leisner, Bay.VBl 1967, 332 bei Fn. 42, 43; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 30, 116, 147 (Kabinettsausschüsse, beratende Beiräte), sowie Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 134, der die Änderung des Forstamtsbezirkes (keine Außenwirkung) der Änderung des Arbeitsamtsbezirkes gegenüberstellt (Außenwirkung).

Richter heißt,²⁸⁾ für die Art der Ausübung der staatlichen Rechte sei die "Art des ausübenden Organs von entscheidender Bedeutung", der Inhalt der Verpflichtung zwischen Staat und Beherrschtem empfangen "aus der Art und Weise der Durchsetzung und damit aus der Art des zuständigen Organs seinen Charakter", die Organisation, in der der Staat auftrete, habe "für das wirkliche Aussehen seiner Rechte und Pflichten entscheidende Bedeutung", und zwar komme es dabei "praktisch viel weniger auf die Gestaltung der obersten Organe, auf Verfassungsprobleme, an als auf die Formation und Wirkungsweise der Unterbehörden, mit denen der Bürger zu tun hat". Auch Lutz Richter sieht somit, daß die Art der von den Zuständigkeits- und sonstigen Organisationsvorschriften ausgehenden Außenwirkung von der Art der Materie abhängt, auf die sich die Zuständigkeitsregelung bezieht und umgekehrt.

a. Horizontale Einschränkung des Verrechtlichungsgebotes

Das aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende Gebot der Verrechtlichung der Zuständigkeiten verlangt deshalb auch nur dort eine Verrechtlichung im Außenverhältnis, wo die materielle Tätigkeit, auf die sich die Zuständigkeitsregelung bezieht, (faktische) Außenwirkung im Verhältnis zum Bürger hat, wo die Sphäre des Bürgers mit einer gewissen Intensität berührt wird. Hingegen genügt eine Verrechtlichung lediglich im Innenverhältnis bei den Tätigkeiten der Exekutive, denen es an dieser Außenwirkung fehlt. Dort ist dann sehr wohl auch die Form der Verwaltungsvorschrift geeignet, die Zuständigkeiten zu verrechtlichen.

28) a.a.O., S. 12 f

b. Vertikale Einschränkung des Verrechtlichungsgebotes

Das Gebot der Verrechtlichung ist aber nicht nur insofern kein totales, als es auf horizontaler Ebene Ausnahmen von der Verrechtlichung auch im Außenverhältnis gestattet, sondern darüber hinaus auch in vertikaler Beziehung, so z.B. in bezug auf die Zuständigkeitsverteilungen auf Organwalterebene, die man üblicherweise Geschäftsverteilung nennt. Das Verrechtlichungsgebot verlangt nämlich auch dort keine totale außenrechtssatzmäßige Festlegung der Zuständigkeiten, wo die faktische Außenwirkung und die für den Bürger von den Zuständigkeitsregelungen ausgehende Gefahr am intensivsten ist (im Bereich der Eingriffsverwaltung), sondern begnügt sich sogar dort mit einer rechtssatzmäßigen Festlegung nur einer "gewissen Mindestorganisation".²⁹⁾ Das Verrechtlichungsgebot ist also weit flexibler und weniger radikal, als es die Postulierung eines Vorbehaltes des Außengesetzes für die Zuständigkeitsregelungen wäre. Ein Vorbehalt des Gesetzes verlangt, das liegt in seiner Natur, eine totale Verrechtlichung des von ihm erfaßten Bereiches. Dadurch entstehende Friktionen lassen sich lediglich durch eine flexible Interpretation des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG vermeiden. Das Verrechtlichungsgebot hingegen vermag Friktionen darüber hinaus auch noch deswegen zu vermeiden, weil es auch das o b der Verrechtlichung von dem Maß der Freiheitsgefährdung für den Bürger abhängig macht, und zwar in horizontaler wie in vertikaler Beziehung.

29) Rupp, Grundfragen, S. 91. Dort heißt es, daß ohne eine solche "Mindestorganisation" im Außenverhältnis "ein rechtliches Beziehungsfeld zwischen Staat und Bürger schlechterdings undenkbar (sei), und zwar deshalb, weil sich sonst dieses Beziehungsfeld mangels eines Zuganges durch die Tore örtlicher und sachlicher Organzuständigkeit in der Anonymität des nicht faßbaren begriffs Staat verlöre"; vgl. auch Köttgen, VVDStRL 16, 179, und Forsthoff, Öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, S. 31

Von den Geschäftsverteilungen wird man im allgemeinen sagen können, daß einerseits die Möglichkeiten eines Machtmißbrauches bei der Aufteilung der Zuständigkeiten unter den Organwaltern so gering sind und daß andererseits die außenrechtssatzmäßige Festlegung auch der Organwalterzuständigkeiten den Gesetzgeber und den (Rechts-)Verordnungsgeber vor derart eminente und kaum zu überbrückende Schwierigkeiten stellen würde, daß es als mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar anzusehen ist, wenn dieser Teil der Zuständigkeitsregelungen lediglich im Innenverhältnis, nicht aber auch im Außenverhältnis rechtlich normiert ist. Hier tritt also in der Tat das Verrechtlichungsgebot hinter der aus der Natur der Sache fließenden Notwendigkeit genügender organisatorischer Flexibilität der Exekutive zurück.³⁰⁾

Freilich darf man auch das nicht verallgemeinern. Wollte man sagen, daß das Verrechtlichungsgebot immer nur für die Zuständigkeitsregelungen auf der Organebene, nicht aber auch für die auf der Organwalterebene gelte, dann würde man übersehen, daß dem Organisationsrecht eine sehr breite Palette von Gestaltungsmöglichkeiten für die Zuständigkeitsregelungen und für die quantitative Verteilung der Zuständigkeitsregelungen zwischen Organebene und Organwalterebene zur Verfügung steht und daß sich sehr wohl Zuständigkeitsordnungen denken lassen, die den Löwenanteil der Zuständigkeitsregelungen auf die Organwalterebene verlagern und auf der Organebene lediglich die Bildung von Mammutseinheiten vorsehen.

30) Das deckt sich im Ergebnis auch mit der h.L., wonach die Geschäftsverteilung bei der Exekutive durch Verwaltungsvorschriften geregelt werden kann, vgl. für viele Rasch, DÖV 57, 337 mit w.N. (Anders jedoch Lutz Richter, Organisationsgewalt, S. 15). Auch bei der rechtsprechenden Gewalt ist bekanntlich von Rechtsprechung und Lehre bisher aus der These, daß sich die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) auch auf die einzelne Richterperson beziehe, nicht die Konsequenz gezogen worden, daß es dann für die Geschäftsverteilung auch der Außenrechtssatzform bedürfe. Vgl. dazu Rupp, Grundfragen, S. 93 f

In solchen Fällen würde sich das Verrechtlichungsgebot dann auch auf die Zuständigkeitsregelungen auf der Organwalterebene erstrecken, weil es natürlich nicht angeht, daß durch eine bestimmte Gestaltung der Zuständigkeitsordnung das Verrechtlichungsgebot unterlaufen wird.³¹⁾ Zwar stehen einer beliebigen Gestaltung des Organisationsrechtes der Exekutive ohnehin gewisse Sachzwänge entgegen, die eine nur auf die Person abstellende Zuständigkeitsverteilung weitestgehend verhindern. Kein moderner Staat kann auf ein gewisses Maß institutionalisierender, d.h. das Amt von der Person lösender und zu größeren Einheiten (eben den Organen) zusammenfassender Gestaltung der Organisation verzichten. Es verbleibt aber doch eine so breite Palette von Gestaltungsmöglichkeiten, daß es nicht angeht, alle Arten von Geschäftsverteilung über einen Leisten zu schlagen.

Von den Besonderheiten eines solchen organisatorischen Aufbaus der Exekutive abgesehen, läßt sich jedoch sagen, daß das aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende Verrechtlichungsgebot sich nur auf die Zuständigkeitsregelungen auf Organebene, nicht dagegen auch auf die auf Organwalterebene erstreckt.

Das gleiche gilt auch für jenen Teil der Geschäftsverteilungspläne, der die Zuständigkeiten nicht unmittelbar auf die einzelnen Organwalter, sondern zunächst nur auf innerhalb eines Organs gebildete organisatorische Einheiten verteilt. Auch die von solchen Zuständigkeitsregelungen im Verhältnis zum Bürger ausgehenden faktischen Wirkungen sind -

31) Hier liegt auch ein erhebliches Problem für alle jene, die einen (meist auf die Zuständigkeitsregelungen auf Organebene beschränkten) Vorbehalt des Gesetzes postulieren. Ein solcher Vorbehalt des Gesetzes ließe sich durch die im Text geschilderte Möglichkeit der Zuständigkeitsregelung leicht unterlaufen.

jedenfalls grundsätzlich - nicht der Art, daß es ihrer Verrechtlichung auch im Außenverhältnis bedürfte. Ein Ausnahmefall dürfte möglicherweise jedoch dann vorliegen, wenn ein kollegial organisiertes Entscheidungsgremium vorgesehen ist. Dies geschieht zumeist gerade im Interesse des betroffenen Bürgers und der Demokratisierung der Verwaltung (meist gehören den Gremien gewählte Bürgervertreter an). Damit der in solchen Fällen gewollte Schutzeffekt rechtlich abgesichert wird, bedarf es einer Verrechtlichung im Außenverhältnis. Nur so kann auch erreicht werden, daß Verwaltungsakte, die unter Verletzung der vorgeschriebenen Zusammensetzung des Gremiums zustande gekommen sind, auch im Außenverhältnis der Rechtswidrigkeit anheimfallen.³²⁾

Im Grundsatz ist für die Geschäftsverteilungspläne aber die Form der Verwaltungsvorschrift ausreichend und genügend. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt wohl das gesetzliche Verwaltungsorgan, nicht aber auch den gesetzlichen Verwaltungsbeamten.³³⁾ Das ist im Ergebnis auch die Ansicht der h.L.³⁴⁾ Allerdings kommt die h.L. deshalb zu dem Ergebnis, daß die innerbehördlichen Zuständigkeitsregelungen keine Rechtssätze im traditionellen Sinne seien, weil es ihnen an der Außenwirkung fehle, weil sie die Rechtsposition des Bürgers unberührt lassen.³⁵⁾ Letzteres ist jedenfalls grundsätzlich zutreffend. Die Rechtspositionen des Bürgers lassen die

32) Vgl. dazu Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 159 f; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 142 ff

33) So auch Bachof, VVDStRL 16, 266; Köttgen, VVDStRL 16, 170, Anm. 63, S. 177; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 132

34) Rasch, DÖV 57, 337; Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 76 ff; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 134 ff; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht, Band II, § 76 III a 6 mit weiterem Nachweis; vgl. auch oben Fn. 30

35) vgl. z.B. Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 130 f

innerbehördlichen Zuständigkeitsregelungen in der Tat unberührt. Sie selbst vermögen keine Rechtspositionen des Bürgers zu begründen, weil sie keine Außenrechtssätze darstellen, nicht darstellen können, weil es ihnen an der Außenrechtssatzform gebricht. Andere Rechtspositionen, in die die innerbehördlichen Zuständigkeitsregelungen eingreifen könnten, bestehen aber, wie oben aufgezeigt, ebenfalls nicht. Ersteres ist jedoch unzutreffend. Außenwirkung haben die innerbehördlichen Zuständigkeitsregelungen schon. Es macht durchaus einen Unterschied, ob in einer bestimmten Angelegenheit eines Bürgers der Organwalter A oder der Organwalter B zuständig ist. Nur ist diese (faktische) Außenwirkung nicht so beschaffen, daß es ihrer Verrechtlichung auch im Außenverhältnis bedürfte.³⁶⁾

36) Daraus folgt dann freilich auch, daß Verwaltungsakte, die unter Verletzung solcher innerbehördlicher Zuständigkeitsregelungen zustande gekommen sind, im Außenverhältnis nicht rechtswidrig sind. Vgl. Rasch, a.a.O., S. 160; Ossenbühl, a.a.O., S. 513

IX. Selbstbindung der Verwaltung

Für diese vom Rechtsstaatsprinzip gebotene Verrechtlichung der Zuständigkeiten im Außenverhältnis reicht die durch Art. 3 Abs. 1 GG bewirkte sog. Selbstbindung der Verwaltung an deren bisherige Verwaltungspraxis nicht aus. Zwar wird durch diese Selbstbindung in einem gewissen Umfange eine Verrechtlichung der Zuständigkeiten im Außenverhältnis durchaus bewirkt. Art. 3 Abs. 1 GG ist dafür auch der richtige dogmatische Anknüpfungspunkt.

1. Formelle Komponente des Gleichheitssatzes

Rupp's "Binsenwahrheit"¹⁾, daß es "keine Gleichheit ohne Recht" gebe, so daß auch die Verbindung von Verwaltungsusus und allgemeinem Gleichheitssatz kein Recht erzeugen könne, schraubt die Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die mit dem Vorrang des Gesetzes weitgehend funktionsgleiche klassische "Rechtsanwendungsgleichheit"²⁾ zurück, die in der Tat das Vorhandensein von Recht voraussetzt, gerade deswegen aber auch unproblematisch ist.

2. Materielle Komponente des Gleichheitssatzes

Die Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes geht jedoch darüber hinaus. Art. 3 Abs. 1 GG enthält auch eine materielle Komponente. Diese besagt, daß "Gleiches gleich, Unglei-

1) Rupp, Grundfragen, S. 118

2) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 531; vgl. auch Herzog, EvStL, Gleichheitssatz, I D 1, und Hans Klein, Festgabe für Forsthoff, S. 178

ches aber seiner Eigenart gemäß verschieden" zu behandeln sei.³⁾ Freilich ist damit noch nichts über den erforderlichen Vergleichsmaßstab ausgesagt, nach dem sich bestimmt, was als "gleich" oder "ungleich" anzusehen ist, und der damit auch das aus dem Gleichheitssatz fließende Gleichheitsgebot "präjudiziert und funktionalisiert".⁴⁾ Es ist jedoch über das Ziel hinausgeschossen, wenn man meint, daß der Gleichheitssatz über diesen Maßstab überhaupt keine Aussagen treffe.⁵⁾ Wäre das richtig, dann wäre die materielle Komponente des Gleichheitssatzes in der Tat eine reine Leerformel, und es wäre besser, wenn man die Bedeutung des Gleichheitssatzes auf seine formelle Komponente ("Rechtsanwendungsgleichheit") beschränken würde. Dieser Weg ist jedoch durch Art. 1 Abs. 3 GG versperrt, aus dem sich ergibt, daß dem Gleichheitssatz auch eine materielle Komponente zukommen soll, denn nur sie vermag die von Art. 1 Abs. 3 GG geforderte Bindung auch des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz zu bewirken. Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als dem Gleichheitssatz eine Bedeutung auch für den Beurteilungsmaßstab beizulegen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht⁶⁾ mit seiner Rechtsprechung zum gesetzgeberischen Ermessen und zum sog. Willkürverbot getan, und es scheint so, als ob ihm damit trotz aller fortbestehenden Unsicherheiten ein gelungener Wurf geglückt sei. Danach ist das Erstellen des über die Aussage des Gleichheitsgebotes entscheidenden Vergleichsmaßstabes zwar grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, aber eben nur grundsätzlich, denn der Gesetzgeber darf dabei nicht willkürlich verfahren.⁷⁾ Die ma-

3) BVerfG 1, 14 ff (52), st. Rechtsprechung

4) Ossenbühl, a.a.O., S. 533; vgl. auch Herzog, a.a.O., II B 2

5) So aber offenbar Rupp, Grundfragen, S. 118

6) BVerfG 1, 14 ff (52), st. Rechtsprechung

7) vgl. zu allem Ossenbühl, a.a.O., S. 533 ff, und die zahlreichen dort angegebenen Literaturnachweise

terielle Komponente des Gleichheitssatzes enthält somit, wenn man sie als Willkürverbot versteht, nichts anderes als einen Rückgriff, eine Bezugnahme auf "gewisse überpositive Maßstäbe"⁸⁾, durch deren Hereinnahme in das Recht auch der materiellen Komponente des Gleichheitssatzes eine eigene Aussage zuteil wird und durch die in einem freilich begrenzten Umfange dem Gesetzgeber die "Vergleichsschema-Kompetenz"⁹⁾, d.h. die Fähigkeit, das Vergleichsschema selbst zu bestimmen, genommen wird.

3. Materielle Komponente des Gleichheitssatzes und Exekutive

Überträgt man diese Aussage des Gleichheitssatzes auf die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden, so ergibt sich, daß der Gleichheitssatz im Zusammenwirken mit dem Verwaltungssus sehr wohl Außenrecht zu erzeugen vermag, weil es der Verwaltung wegen des Willkürverbots verwehrt ist, sich ohne genügende sachliche Rechtfertigung von einem bestimmten Verwaltungssus zu entfernen. Zwar bestimmt an sich und grundsätzlich die Exekutive selbst, was sie als "gleich" oder "ungleich" ansehen will. Sie ist zunächst frei darin, auf die immer bestehenden Unterschiede zwischen zwei Fällen (Gleichheit ist ja eben nicht Identität) abzustellen und daran deren "Gleichheit" scheitern zu lassen. Insofern hat sie die "Vergleichsschema-Kompetenz". Grundsätzlich darf sie deshalb durchaus auch von dem bisherigen Verwaltungssus ab-

8) Mertens, Selbstbindung der Verwaltung, S. 51, vgl. auch S. 46: Willkürverbot, das heißt "jede Differenzierung (ist) solange als dem Gleichheitssatz genügend anzusehen, wie sie nicht die im allgemeinen Rechtsbewußtsein verankerten Vorstellungen eines gewissen Gerechtigkeitsminimums verletzt. Hier - in diesem allgemeinen subjektiven Rechtsbewußtsein - liegt der einzige Halt der Rechtsgleichheit".

9) Ossenbühl, a.a.O., S. 534 f

weichen. Nur darf das Abstellen auf die bestehenden Unterschiede eben nicht "willkürlich" sein. Wäre es das, dann wären die beiden Fälle im Rechtssinne als "gleich" anzusehen mit der von Art. 3 Abs. 1 GG angeordneten Rechtsfolge, daß in beiden Fällen die gleichen Rechtsfolgen zur Anwendung zu bringen wären. Ob nun aber dieses Abstellen auf die bestehenden Unterschiede als "willkürlich" oder nicht anzusehen ist, das läßt sich wiederum nur an den jeweils zur Anwendung gebrachten Rechtsfolgen und deren Verschiedenheit abmessen. Die Verschiedenheit der Fälle, d.h. der tatbeständlichen Voraussetzungen, ist also in Relation zu setzen zu der Verschiedenheit der Behandlung, d.h. der zur Anwendung gebrachten Rechtsfolgen. Negativ gelesen besagt der Gleichheitssatz deshalb, daß eine verschiedene Behandlung zweier Fälle dann unzulässig ist, wenn das Abstellen auf die zwischen diesen Fällen bestehende Unterschiedlichkeit gemessen an den zur Anwendung gebrachten Rechtsfolgen und deren Verschiedenheit sachlich nicht gerechtfertigt, d.h. "willkürlich" ist (Differenzierungsverbot). Positiv gelesen besagt der Gleichheitssatz (in seiner materiellen Komponente), daß alle Fälle trotz der zwischen ihnen bestehenden Unterschiedlichkeiten gleich zu behandeln sind, es sei denn, die verschiedene Behandlung findet in der tatbeständlichen Unterschiedlichkeit der Fälle eine sachliche Rechtfertigung.

4. Selbstbindung der Verwaltung und Verwaltungssus

Konstruiert man die Selbstbindung der Verwaltung so, dann liegt darin weder "reine Sophistik" noch eine "Umgehung des Verbots unabhängiger Normsetzung durch die Verwaltung" wie Rupp¹⁰⁾ meint; denn Anknüpfungspunkt für die durch den

10) Rupp, a.a.O., S. 120

Gleichheitssatz bewirkte Rechtsbindung sind nicht die Verwaltungsvorschriften selbst¹¹⁾, diese haben lediglich indizielle Bedeutung¹²⁾, sondern allein die von den Verwaltungsvorschriften im Außenverhältnis ausgelösten faktischen Wirkungen, die sich in der Verwaltungspraxis niederschlagen.¹³⁾ Der vorentschiedene Parallellfall, der Verwaltungsusus ist es, an den der Gleichheitssatz anknüpft und die "Selbstbindung der Verwaltung" bewirkt, nicht die interne Steuerung des Verwaltungsusus durch die Verwaltungsvorschriften.

Dasselbe gilt auch für alle jene, die die Selbstbindung der Verwaltung nicht aus dem Gleichheitsgrundsatz sondern aus dem Rechtssicherheitsprinzip, dem Vertrauensschutz, dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem Verbot des venire contra factum proprium, dem Plangewährleistungsanspruch oder der Pflicht zu konsequentem und folgerichtigem Verhalten ableiten wollen.¹⁴⁾ Auch diesen Konstruktionen stehen als An-

11) Vgl. auch Mertens, Selbstbindung, S. 71; Dicke, VA 1968, S. 305, mit w.Nachw. in Fn.47; Ossenbühl, a.a.O., S.535; Baedeker, Organisationsgewalt, S. 86; Wallerath, Selbstbindung, S. 101 ff; BVerwG, DÖV 70, 275

12) Ossenbühl, a.a.O., S.536 f; ders., AfR 92, 1 ff, 14 mit w.Nachw. in Fn.55; Mertens, a.a.O., S. 19 f, 71, 91; Brohm, DÖV 64, 243; Bettermann, Rechtsschutz im Sozialrecht, S. 61; Baedeker, a.a.O., S. 85

13) Vgl. dazu auch Ossenbühl, a.a.O., S. 529, der zwar Mertens, a.a.O., S. 71, Hinweis darauf, daß eine Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes und des Verbotes gesetzesunabhängiger Normsetzung durch die Exekutive deswegen nicht vorliege, weil die Selbstbindung nicht an die Verwaltungsvorschrift, sondern an die Verwaltungsübung anknüpfe, für "formal" und daher nicht überzeugend hält, der jedoch zum gleichen Ergebnis kommt, weil er den entscheidenden Unterschied zwischen Selbstbindung und (unzulässiger) originärer Normsetzung durch die Exekutive in der geringeren Bindungsintensität (Ausnahmefall) und in der "Disponibilität des Differenzierungsschemas" erblickt. Vgl. dazu die Ausführungen weiter unten.

14) Vgl. dazu die Nachweise bei Ossenbühl, a.a.O., S. 542

knüpfungspunkt allein der Verwaltungssusus, nicht aber auch die Verwaltungsvorschriften selbst zur Verfügung. Ossenbühl¹⁵⁾ hält Hans Klein zu Recht entgegen, daß der Vertrauensschutz einen nach außen gesetzten Vertrauensbestand voraussetze. Nach außen dringen aber nicht die rechtlichen Bindungswirkungen der Verwaltungsvorschriften selbst, sondern nach außen dringen lediglich deren faktische Wirkungen, die sich, wie gesagt, in dem Verwaltungssusus niederschlagen. Noch nicht gehandhabte Verwaltungsvorschriften vermögen deshalb auch noch nicht die Selbstbindung der Verwaltung auszulösen.¹⁶⁾ Das ist auch jenen entgegenzuhalten, die die Selbstbindung der Verwaltung an den von der Verwaltung durch die Schaffung der Verwaltungsvorschriften gesetzten Willensakt knüpfen wollen.¹⁷⁾ Es mag sein, daß in den Verwaltungsvorschriften ein solcher Willensakt enthalten ist, dieser Willensakt beschränkt seine rechtlichen Bindungswirkungen jedoch ausdrücklich - und kann sie auch nur beschränken - auf das sog. Innenverhältnis. Im Außenverhältnis vermag die Exekutive in abstrakt-genereller Form Willensakte mit rechtlicher Bindungswirkung nur in der Form von Außenrechtssätzen - also als Rechtsverordnung oder Satzung - zu setzen.¹⁸⁾ Es verbleibt deshalb auch diesen Konstruktionsversuchen nur der Verwaltungssusus als geeigneter Anknüpfungspunkt.

15) Ossenbühl, a.a.O., S. 543, Fn. 293; ebenso Walter Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 102: Voraussetzung des Vertrauensschutzes sei der Vollzug der abstrakt-generellen Regelung

16) so aber Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, RdNr. 22, die auch noch nicht einmal die Publikation der Verwaltungsvorschriften für erforderlich halten

17) so vor allem Menger, VA 51, S. 71, Fn. 33; vgl. auch die weiteren Nachweise bei Ossenbühl, a.a.O., S. 519, Fn. 162; OVG Koblenz, DVBl 62, 757

18) wie hier Dicke, VA 1968, 304

5. Selbstbindung der Verwaltung und Zuständigkeitsregelung

Die so konstruierte Selbstbindung der Verwaltung vermag in einem gewissen Umfange auch die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden im Verhältnis zum Bürger zu verrechtlichen und ihm das "Recht auf die zuständige Behörde" zu geben. Hat eine bestimmte Behörde in der Vergangenheit immer über bestimmte Angelegenheiten entschieden, ist ihre Zuständigkeit in einer Kette von konkret-individuellen Vorentscheidungen jeweils gegenüber den betroffenen Personen (konkludent) "geregelt" worden, so darf in einem weiteren neuen Falle eine andere Behörde nur dann entscheiden, wenn das darin liegende Abweichen von der bisherigen Praxis sachlich gerechtfertigt ist. Es gelten gegenüber der Selbstbindung der Verwaltung im Bereich der Verhaltensnormen also keinerlei Besonderheiten.

6. Lückenhaftigkeit der durch die Selbstbindung der Verwaltung bewirkten Verrechtlichung

Das Maß der dadurch bewirkten Verrechtlichung reicht jedoch keineswegs aus. Vielmehr verbleibt trotz Selbstbindung eine "normative Unterbilanz"¹⁹⁾, die sich mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verrechtlichungsgebot nicht vereinbaren läßt.

a. Notwendigkeit des Vorhandenseins einer Verwaltungsübung

Einmal genügt das Maß der dadurch bewirkten Verrechtlichung deswegen nicht, weil Voraussetzung des durch Art. 3 Abs.1 GG

¹⁹⁾ Ossenbühl, a.a.O., S. 532

bewirkten Verrechtlichungsprozesses das Vorhandensein einer Verwaltungsübung ist.²⁰⁾ Zwar mag es für den allgemeinen Gleichheitssatz theoretisch und logisch genügen, daß ein einziger Vergleichsfall vorliegt.²¹⁾ Praktisch wird es jedoch immer so sein, daß erst und nur bei einem sich über eine gewisse Zeitspanne erstreckenden und in einer gewissen Häufigkeit der Fälle niederschlagenden Verwaltungssus der Vergleichsmaßstab offenbar wird, den die Behörde zugrunde gelegt hat, so daß dieser an dem aus dem Gleichheitssatz fließenden Willkürverbot gemessen werden kann. Der durch Art. 3 Abs. 1 GG bewirkte Rechtsbildungsprozeß setzt also nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer gewissen Vorlaufzeit ein.

b. Geringere Bindungsintensität - Ausnahmefall

Sodann unterscheidet sich die durch die Selbstbindungskonstruktion bewirkte Rechtsbindung der Exekutive aber auch in ihrer Bindungsintensität von der durch das Verrechtlichungsgebot geforderten Normbindung; denn in der Logik des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt auch der Ausnahmefall inbegriffen, d.h. "die aus gravierenden Gründen gebotene oder doch vertretbare Abweichung von dem Schema der Verwaltungsvorschriften".²²⁾

c. Disponibilität des Differenzierungsschemas

Weiter unterscheidet sich die Selbstbindung von der Normbindung, aber auch durch die von Ossenbühl sog.²³⁾ "Dispo-

20) Ossenbühl, a.a.O., S. 535 f, mit zahlr. Nachweisen

21) Ossenbühl, a.a.O., S. 536

22) Ossenbühl, a.a.O., S. 520, 523 ff. 537 f, mit zahlr. Nachweisen in Fn. 205

23) Ossenbühl, a.a.O., S. 526

nibilität des Differenzierungsschemas". Mit dem Gleichheitssatz läßt es sich nämlich nicht nur vereinbaren, daß die Exekutive in einem Einzelfall von dem selbstgesetzten Differenzierungsschema abweicht, sondern der Gleichheitssatz läßt es darüber hinaus auch zu, daß die Exekutive das Differenzierungsschema selbst verändert, was bei der Normbindung zwar auch möglich ist, bei den Normen des Außenrechtes jedoch nur im Rahmen eines durch die Rechtserzeugungsregeln des Außenrechtes diktierten Rechtserzeugungsverfahrens. Außerdem bewirkt eine jede Veränderung dieses Differenzierungsschemas auch einen neuerlichen Beginn der oben erwähnten Anlauffrist; denn das aus dem Gleichheitssatz fließende Willkürverbot "greift" nicht schon auf Grund der Veränderung dieses Differenzierungsschemas, sondern erst auf Grund der durch diese Veränderung des Differenzierungsschemas bewirkten Veränderung des Verwaltungszus. Der Gleichheitssatz benötigt nun einmal Ansatzpunkte im Außenverhältnis, um im Außenverhältnis Recht erzeugen zu können. Die Veränderung des Differenzierungsschemas als solche ist aber ein Vorgang des Innenverhältnisses, der sich im Erlaß von Verwaltungsvorschriften niederschlägt und der nach außen nur und erst dann Wirkungen auslöst, wenn es zu einer Veränderung des Verwaltungszus gekommen ist.

d. Mangelnde Transparenz der durch die Selbstbindung bewirkten Verrechtlichung

Schließlich und viertens genügt die von der Selbstbindung bewirkte Verrechtlichung des Außenverhältnisses aber auch deswegen nicht dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Verrechtlichungsgebot, weil es dem Anknüpfungspunkt der Selbstbindung, nämlich dem Verwaltungszus, an der erforderlichen Transparenz für den Bürger ermangelt. Es genügt dem Rechtsstaatsprinzip eben nicht, daß eine rechtliche Bindung

der Exekutive der Sache nach besteht, sondern gleichermaßen wichtig ist es ihm auch, daß der Bürger die daraus für ihn fließenden Rechte jederzeit zur Kenntnis nehmen kann. Die Publikation der Rechtsvorschrift wurde seit jeher als Essentiale des Rechtsetzungsverfahrens angesehen. Das ist anders nur beim Gewohnheitsrecht, wo die mangelnde Publikation durch den usus continuus ersetzt wird, durch den doch immerhin für eine gewisse Transparenz des Rechtssatzes gesorgt ist. Auch daran fehlt es jedoch der Selbstbindung der Verwaltung.

Nun könnte man freilich darauf verweisen, daß die fehlende Transparenz des Verwaltungsusus durch die der Verwaltungsvorschriften ersetzt werde. Dies trifft jedoch aus einem doppelten Grunde nicht zu. Einmal deswegen nicht, weil die Verwaltungsvorschriften keineswegs immer und notwendig den Verwaltungsusus widerspiegeln.²⁴⁾ Zum anderen aber auch deswegen nicht, weil die Verwaltungsvorschriften ihrerseits nicht im Außenverhältnis verkündet werden müssen, so daß es durchaus auch ihnen an der erforderlichen Transparenz im Außenverhältnis fehlen kann. Zwar wird in der Literatur immer wieder behauptet, daß auch die Verwaltungsvorschriften der Publikation bedürften.²⁵⁾ Ein solches allgemeines Postulat läßt sich unserer Rechtsordnung jedoch nicht entnehmen.

Der Publikation, d.h. Bekanntmachung, bedürfen die Verwaltungsvorschriften sicherlich im Innenverhältnis. Dort, wo die Verwaltungsvorschriften rechtliche Bindungswirkungen entfalten, bedürfen sie schon um ihrer Rechtsnatur willen

24) z.B. bei den Ausnahmefällen oder im Falle eines (innen-) rechtswidrigen Verwaltungsusus, d.h. eines Verwaltungsusus, der die Verwaltungsvorschriften verletzt, ist das nicht der Fall.

25) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 282 ff, 301 f; Hans Klein, Festgabe für Forsthoff, S. 186; Vogel, VVDStRL 24, 164; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 266; Ipsen, VVDStRL 25, 296 f

der Bekanntmachung. "Schreibtischgesetze" sind auch im Innenverhältnis keine Gesetze. Zum Entstehen eines Rechtssatzes gehört dessen Bekanntmachung. Diese Rechtserzeugungsregel gilt, auch ohne daß sie schriftlich geschrieben steht.²⁶⁾

Im Außenverhältnis, um das es hier allein geht, bedürfen die Verwaltungsvorschriften jedoch um deswillen keiner Bekanntmachung, weil sie dort keine Rechtswirkung auszulösen vermögen und weil die von ihnen dort allein ausgelösten faktischen Wirkungen nicht die Notwendigkeit einer Bekanntmachung zu rechtfertigen vermögen. So weit reicht auch das Rechtsstaatsprinzip nicht, daß es auch die Transparenz und Voraussehbarkeit lediglich faktischer Wirkungen verlangen würde. Die Forderung nach Verkündung verbleiben deshalb - jedenfalls grundsätzlich²⁷⁾ - wegen des Nichtbestehens einer entsprechenden Rechtserzeugungsregel im Bereiche der Rechtspolitik.

26) Werner Weber, Die Verkündung von Rechtsvorschriften, S. 7, bezeichnet die Verkündung als einen "integrierenden Bestandteil des Rechtsetzungsaktes selbst". Vgl. auch Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 283

27) Natürlich ist der einfache Gesetzgeber wegen seines auch hier bestehenden Zugriffsrechtes nicht gehindert, die Publikation von Verwaltungsvorschriften vorzuschreiben. Das ändert jedoch nichts daran, daß sich eine solche Pflicht aus der Verfassung nicht ableiten läßt.

T h e s e n

1. Der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes ist nicht mit den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte zu verwechseln. Ihm kommt neben den Grundrechten eine eigene Bedeutung zu, so daß auf ihn weder verzichtet werden kann noch sein dogmatischer Standort in den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte zu suchen ist.
2. Der Eingriffsvorbehalt des Gesetzes verlangt eine formell-gesetzliche Ermächtigung nur für die materielle Zulässigkeit der "Eingriffe in Freiheit oder Eigentum", nicht dagegen auch für die Verteilung der Zuständigkeiten zur Vornahme solcher Eingriffe.

Er ist einer Ausweitung auf andere Exekutivakte oder auf die formelle, d.h. organisatorische Komponente der "Eingriffe in Freiheit oder Eigentum" wegen seiner (verfassungs-)gewohnheitsrechtlichen Geltung nur dann fähig, wenn sich auch der usus continuus und die opinio iuris entsprechend wandeln. Daran fehlt es sowohl im Bereiche der Leistungsverwaltung als auch in dem der Verwaltungsorganisation.

3. Auf Bundesebene besteht ein die Zuständigkeitsregelungen global erfassender sog. institutioneller Vorbehalt des Gesetzes nicht.
 - a) Bei den Vorbehalten des Art. 87 und 108 GG handelt es sich um solche des Innengesetzes, die nicht notwendig eine Regelung auch im Verhältnis zum Bürger verlangen. Im Bereiche dieser Vorbehalte des Gesetzes kann der Gesetzgeber das originär allein ihm zustehende Rechtsetzungsrecht daher auch in der Weise delegieren, daß er die Exekutive zum Erlaß von Verwal-

tungsvorschriften ermächtigt.

- b) Ein darüber hinausgehender Vorbehalt des Gesetzes läßt sich weder aus der Demokratieentscheidung, noch aus dem Gewaltentrennungsprinzip, noch aus Art. 19 Abs. 4 GG ableiten.

- 4. Der Eingriffsvorbehalt darf weiter auch nicht mit dem Außenrechtssatz-Vorbehalt des Gesetzes verwechselt werden. Dieser ergibt sich aus Art. 80 GG; auf jeden Fall gilt er aber verfassungsgewohnheitsrechtlich. Er besagt, daß die Exekutive im Verhältnis zum Bürger (Außenverhältnis) Rechtssätze, d.h. abstrakt-generelle Regelungen, nur auf Grund formell-gesetzlicher Ermächtigungen und in der Form der Rechtsverordnung oder autonomen Satzung schaffen kann. Der Rechtssatzvorbehalt gilt nicht für das Innenverhältnis, und er hindert die Exekutive auch im Außenverhältnis nicht an der Vornahme von Einzelakten. Die konkret-individuelle Regelung ist der Exekutive - anders als beim Eingriffsvorbehalt - aus der Sicht des Rechtssatzvorbehaltes nicht verwehrt.

Originär vermag die Exekutive die Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden im Außenverhältnis daher nur ad hoc durch Verwaltungsakt zu regeln. Die von ihr im Innenverhältnis geschaffenen und in die Form der Verwaltungsvorschrift gekleideten abstrakt-generellen Zuständigkeitsregelungen haben im Außenverhältnis nur reflexive, d.h. rein faktische Wirkungen. Sie begründen weder das "Recht auf die zuständige Behörde", noch führt ihre Verletzung zur Außenrechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes.

- 5. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt jedoch in einem gewissen Umfange die Verrechtlichung der Zuständigkeiten auch im Außenverhältnis.

- a) Das Maß der erforderlichen Verrechtlichung hängt von

dem Maß der faktischen Außenwirkung der Zuständigkeitsregelungen ab, d.h. von dem Maß, in dem Gefährdungen der Freiheit des Bürgers auch von den Zuständigkeitsregelungen ausgehen. Dieses wiederum hängt ab von dem Maß, in dem Freiheitsgefährdungen von der materiellen Seite der Staatstätigkeit ausgehen, auf die sich die Zuständigkeitsregelung bezieht.

- b) Die durch den Gleichheitssatz bewirkte sog. Selbstbindung der Verwaltung genügt dem Verrechtlichungsgebot nicht. Das dem Gesetzgeber zustehende Recht des Zugriffs auf die Organisationsgewalt verwandelt sich deshalb in eine Zugriffspflicht.
- c) Die Sanktionsmöglichkeiten gegen die Verletzung des Verrechtlichungsgebotes durch den Gesetzgeber sind vorwiegend politischer Natur. Im Extremfall kann das Verrechtlichungsgebot jedoch auch in das Verbot der Fortsetzung einer Staatstätigkeit ohne gleichzeitige Verrechtlichung auch der Zuständigkeiten umschlagen.

L i t e r a t u r a n g a b e n

- | | |
|---------------------------------|--|
| Achterberg, Norbert | Probleme der Funktionenlehre, 1970 |
| Anschütz, Gerhard | Kommentar zur Weimarer Verfassung,
14. Aufl., 1933 |
| Baedecker, Hans Jürgen | Die Organisationsgewalt im Bund und
der Vorbehalt des Gesetzes, Diss.,
Köln 1969 |
| Bellstedt, Christoph | Bedürfen Subventionen gesetzlicher
Grundlage?, DÖV 1961, 161 |
| Berg, Wilfried | Konkurrenzen schrankendivergenter
Freiheitsrechte im Grundrechtsab-
schnitt des Grundgesetzes, 1968 |
| Bettermann, Karl-August | Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL
Band 17, S. 118 |
| ders. | Grenzen der Grundrechte, 1964 |
| ders. | Die Bindung der Sozialbehörden an
Gesetz und Recht, in: Rechtsschutz
im Sozialrecht, Beiträge zum ersten
Jahrzehnt der Rechtsprechung des
Bundessozialgerichts, 1965, S.47 f |
| Böckenförde, Ernst-
Wolfgang | Die Organisationsgewalt im Bereiche
der Regierung, 1964 |
| ders. | Sonderverordnungen zur Regelung be-
sonderer Gewaltverhältnisse,
AöR 95, 1 |
| Brohm, Winfried | Verwaltungsvorschriften und beson-
deres Gewaltverhältnis, DÖV 64, 238 |
| Brunner, Georg | Der Selbsteintritt der höheren Be-
hörde, DÖV.69, 773 |
| Bullinger, Martin | Vertrag und Verwaltungsakt, 1962 |
| Dagtoglou, Prodromus | Staatsrechtslehrtagung 1965 -
Bericht, AöR 90, 481 |
| Dicke, Detlev-Christian | Der allgemeine Gleichheitssatz und
die Selbstbindung der Verwaltung,
Verwaltungsarchiv 1968, 293 |

- Diehl-Thiele, Peter Partei und Staat im Dritten Reich, Untersuchung zum Verhältnis NSDAP und allgemeiner innerer Staatsverwaltung von 1933 bis 1945
- Dürig, Günter Artikel 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemein polizeilichen Maßnahmen, AöR 79, 80
- ders. Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193
- Ermacora, Felix Die Organisationsgewalt, VVDStRL Band 16, S. 191
- Evers, Hans-Ulrich Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG, insbesondere zur Persönlichkeitskerntheorie, AöR 90 (1965), S.88 ff
- Eyermann, Erich /
Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., 1965
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9.Aufl., 1966
- ders. Verwaltungsorganisation, in: Die Verwaltung, Heft 18
- ders. Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931
- ders. Über Maßnahme-Gesetze, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 221 f, sowie in: Rechtsstaat im Wandel, 1964, S.78 ff
- Friauf, Karl Heinrich Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl 1966, 729
- ders. Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Der Staat 1970, S. 223
- Friesenhahn, Ernst Parlament und Regierung, VVDStRL Band 16, S. 9
- Giacometti, Zaccharias Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes, 1960
- Götz, Volkmar Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966

- Groß, Rolf Die Rechtsqualität der Sonderverordnungen für besondere Gewaltverhältnisse und der Organisationsbestimmungen, NJW 1969, 2168
- ders. Organisationsgewalt und Organisationsordnungen, DÖV 1963, 51
- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG, 1962
- Hamann, Andreas Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung, NJW 1956, 1
- Hatschek, Julius Deutsches und preußisches Staatsrecht, Band 1, 1922
- Herzog, Roman Artikel "Gleichheitssatz" in: EvStL, Spalte 697
- ders. Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL Band 24, S. 185
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechtes der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1970
- v. Hippel, Eike Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1965
- Höhn, Ernst Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht, 1960
- Hoppe, Werner Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, 1970
- Huber, Hans Soziale Verfassungsrechte?, in: Forsthoff, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit
- Imboden, Max Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1962
- Ipsen, Hans Peter Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Band 25, S. 257
- Jacobi, Erwin "Die Rechtsverordnungen" und "Die Verwaltungsverordnungen", in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechtes, 2.Bd., Tübingen 1932, §§ 77, 78

- Jakob, Wolfgang Eingriff kommunaler Satzungen in
"Freiheit und Eigentum", DÖV 70, 666
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl.,
7. Neudruck, 1933
- ders. System der subjektiv-öffentlichen
Rechte, 2. Aufl., 1919
- ders. Gesetz und Verordnung, Neudruck 1919
- Jesch, Dietrich Ermessen und unbestimmter Rechtsbe-
griff in rechtstheoretischer und ver-
fassungsrechtlicher Sicht, AöR 82,
163
- ders. Gesetz und Verwaltung, 1961
- ders. Zulässigkeit gesetzvertretender
Verwaltungsverordnungen, AöR 84, 74
- Kalkbrenner Zur Verfassungsmäßigkeit des Bundes-
forschungsministeriums, DVBl 64, 852
- Klein, Friedrich Zur rechtlichen Verbindlichkeit von
Bundstagsbeschlüssen, JuS 64,
181 ff
- Klein, Hans Rechtsqualität und Rechtswirkung von
Verwaltungsnormen, Festgabe für
Forsthoff, 1967, S. 163
- Kleiser, Peter Der Vorbehalt des Gesetzes nach dem
Bonner Grundgesetz, Diss., Heidel-
berg 1963
- Köttgen, Arnold Organisationsgewalt, VVDStRL 16,
S. 154 ff
- ders. Gemeindliche Daseinsvorsorge und ge-
werbliche Unternehmerinitiative,
1961
- ders. Das Bundesverfassungsgericht und die
Organisation der Verwaltung, AöR 90,
221
- Kopp, Ferdinand O. Rechtsnatur der Aufhebung oder Ver-
legung von Verwaltungsbehörden,
DÖV 65, 567

- Krüger, Herbert Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl.,
1966
- Laband, Paul Reichsstaatsrecht, Band I, 7. Aufl.,
1919; Band II, 5. Aufl., 1911
- Leisner, Walter Die schutzwürdigen Rechte im be-
sonderen Gewaltverhältnis, DVBl
60, 617 ff
- ders. Errichtung und Einrichtung juristi-
scher Personen in Bayern, Bay VBl
67, 329 ff
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht, 1961
- Mallmann, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwal-
tung, VVDStRL Band 19, S. 165 ff
- v. Mangoldt, Hermann/
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
2. Aufl., 1957
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, 17. Aufl.,
1969
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter/
Herzog, Roman Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl.,
1969
- Mayer, Franz Artikel "Organisationsgewalt" in:
EvStL, Sp. 1418
- ders. Das verfassungsrechtliche Gebot der
gesetzlichen Ermächtigung, in: Fest-
schrift für Hermann Nottarp, 1961,
S. 187
- ders. Allgemeines Verwaltungsrecht, Eine
Einführung, 1970
- Mayer, Otto/
Anschütz, Gerhard Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., 1919
- ders. Deutsches Verwaltungsrecht, I,
2. Aufl., 1914
- Menger, Christian-
Friedrich Höchststrichterliche Rechtsprechung
zum Verwaltungsrecht, VA 1951, 71
und 1961, 196
- ders. Rechtssatz, Verwaltung und Verwal-
tungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955,
587

- Mertens, Hans-Joachim Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, 1963
- Müller, Friedrich Positivität der Grundrechte, 1969
- v. Münch, Ingo Die Grundrechte des Strafgefangenen, JZ 58, 73 ff
- Obermayer, Klaus Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, JZ 56, 625 ff
- ders. Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956
- ders. Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVB1 59, 355
- ders. Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3.Aufl., 1968
- Ossenbühl, Fritz Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2.Aufl., 1965
- ders. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, DVB1 67, 401 ff
- ders. Die Verwaltungsvorschriften in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, AöR 92, 1 ff
- ders. Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968
- ders. Ministerialerlasse als Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVB1 69, 528
- Peters, Hans Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?, Festschrift für Hans Huber, 1961, S. 206 ff
- ders. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, Festschrift für Laun, 1953, S.669
- ders. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, 1963

- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963
- Rasch, Ernst Die Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten, DÖV 57, 337
- ders. Die staatliche Verwaltungsorganisation, 1967
- ders. Entstehung und Auflösung von Körperschaften, DVBl 70, 765
- Richter, Lutz Die Organisationsgewalt, 1926
- Rüfner, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967
- Rupp, Hans-Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965
- ders. Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl 59, 81
- ders. Ermessensspielraum und Rechtstaatlichkeit, NJW 69, 1273
- ders. Ministerialerlasse - Ausdruck originärer Rechtsetzung der Exekutive, NJW 70, 412 f
- Scheuner, Ulrich Voraussetzung und Formen der Errichtung öffentlicher Körperschaften, Gedächtnisschrift für Hans Peters, 1967, S. 797 ff
- ders. Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft, VVDStRL 11, S. 1 ff
- ders. Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 69, 585
- Schick, Walter Haushaltsplan und Haushaltsgesetz vor Gericht, JZ 67, 271 ff
- ders. Der Beamte als Grundrechtsträger, Zeitschrift für Beamtenrecht 1963, S. 67 ff
- Schmidt, Walter Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969

- Scholler, Heinrich Person und Öffentlichkeit, 1967
- Sellmann, Klaus-
Albrecht Der schlichte Parlamentsbeschuß,
1966
- Selmer, Peter Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS
1968, 490 ff
- ders. Rechtsverordnung und Verwaltungs-
vorschrift, Verwaltungsarchiv
1968, S. 114 ff
- Spanner, Hans Empfiehlt es sich, den allgemeinen
Teil des Verwaltungsrechtes zu
kodifizieren? - Gutachten zum
43. DJT, 1960, Bd.I, 2.Teil A
- ders. Organisationsgewalt und Organisa-
tionsrecht, DÖV 57, 640 ff
- Stahl, Friedrich Julius Rechts- und Staatslehre, 5.Aufl.,
1878
- Stein, Ekkehard Lehrbuch des Staatsrechtes, 1968
- Steiner, Udo Der beliebene Unternehmer, JuS
1969, 73 f
- Stern, Klaus Vertragliche Grenzen der Organisa-
tionsgewalt, Bay VBl 60, 181
- ders. Rechtsfragen der öffentlichen Sub-
ventionierung Privater, JZ 60, 518
- Thieme, Werner Der Gesetzesvorbehalt im besonde-
ren Gewaltverhältnis, JZ 64, 81 ff
- Thoma, Richard Handbuch des Deutschen Staatsrech-
tes, 2.Band, 1932
- ders. Der Vorbehalt des Gesetzes im
preußischen Verfassungsrecht,
Festgabe für Otto Mayer, 1916,
S. 165
- Ule, Carl Hermann Artikel "Gewaltverhältnis, beson-
deres", in: EvStL, Sp. 663
- Vogel, Klaus Gesetzgeber und Verwaltung,
VVDStRL Band 24, S. 125 ff

- Wallerath, Maximilian Die Selbstbindung der Verwaltung, Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz, 1968
- Weber, Werner Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942
- Wolff, Hans-Julius Verwaltungsrecht Band I, 7.Aufl., 1968, Band II, 3.Aufl., 1970, Band III, 2.Aufl., 1967
- Zeidler, Karl Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat 1962, 321
- Zippelius, Reinhold Artikel "Grundrechte" in: EvStL, Sp. 721
- ders. Allgemeine Staatslehre, 1969

Lebenslauf

Eggert Schwan, geboren am 12. Januar 1938 in Hamburg als zweites von fünf Geschwistern, verheiratet seit dem 18.10. 1963 mit Gudrun Schwan, geborene von Kathen, Vater eines am 22.6. 1968 geborenen Mädchens

Vater: Harald Schwan, geboren am 12. Dezember 1909 in Dresden, Beamter der Bundesbahn

Mutter: Käthe Schwan, geborene Köpcke, geboren am 21. Juli 1911

Die ersten 5 Jahre verlebte ich in meinem Geburtsort Hamburg. Nach der Ausbombung der Wohnung meiner Eltern im Jahre 1944 verzog meine Mutter mit meinen Geschwistern und mir nach Dresden. Dort besuchte ich die Volks- und Oberschule und erwarb im Jahre 1956 das Abitur. Anschließend studierte ich in Tübingen und München acht Semester Rechtswissenschaft. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich im Jahre 1961 in München mit der Note "befriedigend", die zweite im Jahre 1966 in Hamburg mit der Note "voll befriedigend". Danach war ich für kurze Zeit Rechtsanwalt in Berlin. Seit 1967 bin ich bei der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin als wissenschaftlicher Assistent tätig.

